Die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte wegen ursprünglicher Fehlerhaftigkeit

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
WERNER STORZ
aus Tuttlingen

1963

7369

Die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte wegen ursprünglicher Fehlerhaftigkeit

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt von
WERNER STORZ
aus Tuttlingen

1963

Dekan: Prof. Dr. Joachim Gernhuber
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto Bachof
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Adolf Schüle

Tag der mündlichen Prüfung: 14. 2. 1963

Fotodruck PRÄZIS • Tübingen

GLIEDERUNG

Seite

Einführung

1. Kapitel

Gegenstand der Untersuchung, terminologische und begriffliche Vorbemerkungen 2

I. Thematische Abgrenzung
1. Rücknahme begünstigender VAe 2
2. Rücknahme fehlerhafter begünstigender VAe 2
3. Rücknahme ursprünglich fehlerhafter begünstigender VAe 3

II. Terminologie
1. "Widerruf"-"Rücknahme" 3
2. "Fehlerhafte VAe" 6

III. Begriff der Rücknahme
1. Wirksamer VA als Gegenstand der Rücknahme 7
2. Formelle und materielle Rücknahme 8
3. Teilweise Rücknahme 9
4. Abgrenzung zur Berichtigung 9

IV. Begriff des begünstigenden VAs
1. Die Begünstigung als Rechtsbegriff: Einräumung einer rechtlich geschützten Position 11
2. Nachteilige Nebenwirkungen begünstigender VAe für den Empfänger 12
3. VAe mit negativem Inhalt - Abänderung belastender VAe zugunsten des Empfängers 13
4. Begünstigende VAe, die gleichzeitig eine Belastung für Dritte enthalten 14
5. Begünstigende Natur feststellender VAe 15

V. Begriff des fehlerhaften VAs
1. Allgemeines zur Rechtswidrigkeit von VAen 18
2. Der Begriff des rechtswidrigen VAs im Rücknahmerecht 19
3. Die Rechtswidrigkeit begünstigender VAe 22
4. Insbesondere Ermessensentscheidungen 23
5. Teilweise Rechtswidrigkeit 23
6. Die Folgen der Fehlerhaftigkeit eines VAs 24

Seite

2. Kapitel

Die Rücknahme fehlerhafter VAe in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung

I. Überblick über die gesetzlichen Regelungen
1. Allgemeine gesetzliche Regelungen 26
2. Gesetzliche Regelungen auf Sondergebieten 27

II. Überblick über Entwicklung und Stand der Rechtslehre 29

III. Überblick über Entwicklung und Stand der Rechtsprechung
1. Ältere Rechtsprechung 34
2. Neuere Rechtsprechung 35

3. Kapitel

Grundfragen des Rücknahmerechts

I. Ausgangspunkt
1. Das Verhältnis von Rücknahmeakt und ursprünglichem VA 41
2. Die Rücknehmbarkeit, eine Frage des materiellen oder des Verfahrensrechts ? 43
3. Rechtsquellen des Rücknahmerechts 44
4. Rücknahme nichtiger VAe 45

II. Die Rechtskraft der VAe
1. Problemstellung 46
2. Formelle Rechtskraft und Unabänderbarkeit 47
3. Materielle Rechtskraft 50
4. Abgrenzung der Rücknahme- von der Rechtskraftfrage und vom Bestandsschutz kraft Verfahrensrechts 52

4. Kapitel

Grundgesetz und Rücknahme begünstigender VAe

I. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
1. Fragestellung 55
2. Gesetzmäßigkeitsprinzip und Erlaß begünstigender VAe 57

Seite

3. Grundsätzliche Bedeutung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die Rücknahme begünstigender VAe 61
4. Unterschiedliche Bedeutung hinsichtlich Erlaß und Rücknahme eines fehlerhaften VAs 64
5. Das Argument des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit 68
6. Schutz des Vertrauens gegenüber Rechts- und Gesetzesverletzungen in der geltenden Rechtsordnung 70

II. Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit
1. Das Rechtsstaatsprinzip, ein vom GG anerkannter Verfassungsgrundsatz - Rechtssicherheit als Forderung der Rechtsstaatlichkeit 73
2. Formeller und materieller Rechtsstaatsbegriff 75

III. Lösung des Rücknahmeproblems aus den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit
1. Rücknahme fehlerhafter VAe als Forderung materieller Gerechtigkeit 78
2. Materielle Gerechtigkeit und Rechtssicherheit 79
3. Güterabwägung im Einzelfall 81
4. Bindung an Gesetz und Recht - Bedeutung des Art. 20 Abs. 3 GG für die Rücknahmefrage 82

IV. Art. 1 und 2 Abs. 1 GG als Schranken der Rücknehmbarkeit 84

V. Eigentumsgarantie und Rücknahme 85

VI. Sozialstaatsentscheidung des GG und Rücknahme 90

5. Kapitel

Der Grundsatz der Güterabwägung und seine praktische Anwendung - Einzelne Grundsätze für die Rücknahme begünstigender VAe

I. Allgemeines zur Güterabwägung
1. "Interessenabwägung" und Güterabwägung 93
2. Ermessens- oder Rechtsfrage ? 94
3. Anwendbarkeit für die Verwaltungspraxis 95

Seite

II. Allgemeine Abgrenzungen
1. Vorliegen von Wiederaufnahmegründen des Prozeßrechts 97
2. Vorliegen von Gründen, die auch den Widerruf eines fehlerfreien VAs ermöglicht hätten 98

III. Berücksichtigung des Vertrauensschutzes bei der Güterabwägung
1. Voraussetzungen für die Gewährung von Vertrauensschutz 99
a) Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Fehlerhaftigkeit 99
b) Verursachung der Fehlerhaftigkeit durch den Begünstigten 101
c) Erschlichene VAe 104
2. Umstände, die einen erhöhten Vertrauensschutz begründen, insbesondere durch Verwirklichung des begünstigenden VAs 109
a) Realisierte VAe 109
b) Besondere Aufwendung des Begünstigten im Hinblick auf den VA 110
c) Entsprechende Anwendung der Bereicherungsgrundsätze 111
d) Einrichten auf noch nicht realisierte VAe 112
e) Keine Berücksichtigung dolos herbeigeführter Aufwendungen 113
3. Sonstige objektive Umstände, welche die Schutzwürdigkeit des Vertrauens beeinflussen
a) Zeitmoment 114
b) Art des Zustandekommens - besonderes Erlaßverfahren 116
c) Art der erlassenden Behörde 118
d) Rücknahme von Rechtsmittelentscheidungen 119
4. Zugunsten der Rücknehmbarkeit ins Gewicht fallende Umstände
a) Art der Fehlerhaftigkeit 120
b) Ausmaß der Belastung für die Öffentlichkeit im Falle der Aufrechterhaltung des fehlerhaften VAs 122

IV. Rücknahme begünstigender VAe auf besonderen Rechtsgebieten
1. Beamtenrechtliche VAe 123

Seite

2. Rücknahme aus polizeirechtlichen Gründen 127
3. VAe auf dem Gebiet des Sozialrechts 128

V. Rücknehmbarkeit von VAen mit besonderer Rechtsqualität
1. Feststellende und streitentscheidende VAe 128
2. Rechtsgestaltende (insbesondere privatrechtsgestaltende) VAe 132
3. VAe mit Doppelwirkung 139

VI. Umfang der Rücknahme 142

VII. Die Rücknahme der Rücknahme oder eines Widerrufs 149

LITERATURVERZEICHNIS

Arndt, Claus, Zur Gültigkeit rückwirkender Gesetze, DVBl. 1958, 120

Bachof, Otto, Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, SJZ 1948, Sp. 744

- Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes, SJZ 1950, Sp. 488

- Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil v. 22.4.1953 (DVBl. 1953, S. 599), DVBl. 1953, S. 601

- Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, JZ 1954, S. 419

- Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, S. 97

- Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V., Mainz, Band 6. Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht-Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955 S. 287 - 307

- Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 27.6.1955, JZ 1956, S. 35

- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, S. 336, ff.; S. 431 ff.

- Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 11.10.1956 (DVBl. 1957 S. 786), DVBl. 1957, S. 788

- Das Ende des deutschen Verwaltungsrechts ? Zur Revisibilität der ungeschriebenen Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts, DÖV 1958, S. 27

- Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 29.6.1957 (JZ 1958, S. 285), JZ 1958, S. 288

- Das Verwaltungsverfahren (Diskussionsbeitrag), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 17, Berlin 1959, S. 216 (zit.: VVDStRL 17)

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates - Mitbericht -, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, Berlin 1954, S. 37 - 79 (zit.: VVDStRL 12)

- Grundgesetz und Richtermacht, Tübinger Universitätsreden, Heft 6, Tübingen 1959

Baring, Die Rechtskraft der Verwaltungsakte, NJW 1952, S. 1073

Baring, Martin, Zum Widerruf von Verwaltungsakten, DVBl. 1953, S. 426

Baumbach, Adolf, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, weitergeführt von Wolfgang Lauterbach, 25. Auflage, München und Berlin 1958

Baur, Fritz, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955

Beinhardt, Karl, Widerruf und Rücknahme unanfechtbar gewordener Verwaltungsakte, BayVBl. 1960, S. 240 - 244

Bender, Bernd, Allgemeines Verwaltungsrecht, Grundrisse des Öffentlichen Rechts, Band 1, 2. Auflage, Freiburg 1956 (zit.: Bender)

Benkendorff, Bürgerliches Recht und Inanspruchnahme nach dem RLG, NJW 1949, S. 769

Bernatzik, Edmund, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1868

Bernhardt, Siegfried, Der Rentner und seine Menschenwürde. Zur Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, Zeitschrift für Sozialreform 1959, S. 540 (zit.: ZfSR)

Bettermann, Karl August, Das Verwaltungsverfahren - 1. Bericht - Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 17, Berlin 1959, S. 118 - 182

- Verwaltungsakt und Richterspruch, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Band 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 361 - 389

Bötticher, Eduard, Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1956, S. 582

- Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930

Buchwitz, Anmerkung zu LSG Bremen v. 20.2.1957 (BB 57, 543), Arbeit, Beruf und Arbeitslosenhilfe, 1957, S. 288

Bullinger, Martin, Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, S. 761

Bürckner, Hermann, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 47, Leipzig 1930

Burmeister, Zur Zurückforderung zuviel gezahlter Dienst- und Versorgungsbezüge, Zeitschrift für Beamtenrecht, 1960, 106 (zit.: ZBR)

Bursche, Herbert und Woothke, Hermann, Bundesbesoldungsrecht mit Erläuterungen (Deutsches Besoldungsrecht Band I), Köln und Berlin 1955

v. Caemmerer, Ernst, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Tübingen 1954, S. 333 ff

Clasen, Heinrich, Der Vertrauensschutz bei Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte - Erwiderung zum Beitrag Wirth in DÖV 1960, S. 173 ff - DÖV 1960, S. 899

Dahm, Georg, Deutsches Recht - Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, Stuttgart und Köln 1951

Dernedde, Ist die Bezirksfeststellungsbehörde befugt, eine Entscheidung der Kreisfeststellungsbehörde über die Gewährung einer Entschädigung wegen Gesetzwidrigkeit aufzuheben, obwohl sie von den Beteiligten nicht angefochten worden ist? DVBl. 1950, S. 543

Dickmann, Herbert, Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf, DÖV 1957, S. 278

Drews, Bill, Allgemeines Polizeirecht. Ein Leitfaden für Verwaltungsbeamte und das wissenschaftliche Studium, 6. Auflage, neu bearbeitet durch Gerhard Wacke, Berlin - Köln 1954 (zit.: Drews-Wacke)
(7. Aufl. siehe bei Wacke)

Dürig, Günter, Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger. In: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958, S. 13 ff

Erning, Adolf, Der Widerruf mangelhafter, begünstigender Verwaltungsakte, DVBl. 1959, S. 795

- Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und die Widerrufbarkeit des begünstigenden, mangelhaften Verwaltungsakts, DVBl. 1960, S. 188
- Der Widerruf begünstigender, mangelhafter Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, DVBl. 1960, S. 467
- Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Widerrufsrecht, Zeitschrift für Sozialreform (ZfSR) 1960, S. 476

Eyermann, Erich und Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar unter Mitarbeit von Dr. Max. Hofmann, 2. Auflage München und Berlin 1954

Eyermann, Erich und Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar unter Mitarbeit von Dr. Max. Hofmann, 2. Auflage München u. Berlin 1954

Fachinger, Josef, Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungsermessens, NJW 1949, S. 244

Fleiner, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Neudruck der 8. Auflage, Tübingen 1928, Aalen 1960 (zit.: Fleiner, Institutionen)

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil, 6. Auflage München und Berlin 1956, 7. Auflage 1958, 8. Auflage 1961, (zit.: Forsthoff)

- Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Rechtsstellungen NJW 1955, S. 1210

- Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. In: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959, S. 35 ff

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats - 1. Bericht - Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, Berlin 1954, S. 12 ff.

- Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Strukturanalytische Bemerkungen zum Übergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat, DÖV 1959, S. 42

Friesecke, Kuno, Die Möglichkeiten und Grenzen einer Änderung rechtskräftiger Bescheide, NJW 1958, S. 1663

Friesenhahn, Ernst, Die rechtlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts. In: Recht, Staat, Wirtschaft. Schriftenreihe für staatswissenschaftliche Fortbildung, 2. Band, Stuttgart 1950, S. 239 - 281

- Staatsrechtslehrer und Verfassung. Bonner Akademische Reden, Heft 4, Krefeld 1950

Gäbelein, Wolfgang, Zur Abänderbarkeit von Entscheidungen, JZ 1955, S. 260

Geiger, Willi, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 12. März 1951, Kommentar, Berlin u. Frankfurt a.M. 1952

Gerber, Hans, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes - Ein Rechtsgutachten - In: Archiv des öffentlichen Rechts, 81. Band (42. Band der Neuen Folge), Tübingen 1956 S. 1 ff (zit.: AÖR 81,..)

Goldschmidt, James, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Berlin 1932, (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Abteilung Rechtswissenschaft XVII)

Haffner, Ernst, Sind feststellende Verwaltungsakte mit Artikel 92 des Grundgesetzes vereinbar ? Dissertation Erlangen 1954

Hamann, Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. Auflage 1960 (zit.: Hamann)

- Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, NJW 1959, S. 1467

Hangartner, Yvo, Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen - Reihe A, Heft 56, Zürich und St. Gallen 1959 (zit.: Hangartner)

Haueisen, Fritz, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, S. 1425

- Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, NJW 1955, S. 1457
- Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte im Sozialrecht In: Die Ortskrankenkasse, 1956, S. 189 ff, (zit.: OKK)
- Wechselwirkungen zwischen Verwaltungsprozeßrecht und materiellem Verwaltungsrecht, NJW 1957, S. 169
- Anmerkung zu OVG Berlin, Urteil v. 14.11.1956 (DVBl 57, 503), DVBl 1957, S. 506
- Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24.10.1956 (NJW 1956, S. 1918), NJW 1957, S. 385 zu Nr. 9
- Zur rechtlichen Qualifizierung des Rentenbescheides, NJW 1958, S. 441
- Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 28.6.1957 (NJW 58, 154), NJW 1958 S. 642
- Rücknahme oder Widerruf von Verwaltungsakten als Voraussetzung von Rückforderungsansprüchen der Verwaltung, Die Ortskrankenkasse 1958, S. 421
- Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 25.10.1957, NJW 1958, S. 884
- Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, NJW 1958, S. 1065
- Zur Frage der Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte (zugleich eine Entgegnung auf den Aufsatz von Schütz DÖV 1958, S. 449 ff), NJW 1958, S. 1661 ff.

Haueisen, Fritz, Betrachtungen über die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, DVBl. 1959, S. 228 ff

- Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 24.4.1959 (JZ 1959, S. 641), JZ 1959, S. 644
- Von Anfang an rechtswidrige Verwaltungsakte - Begriffliche Festlegung, Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte - Die Ortskrankenkasse 1959, S. 385
- Verwaltungsrechtliches Urteil und Verwaltungsakt, NJW 1959, S. 697 ff
- Erst- und Zweitbescheid im Verwaltungsrecht - Zugleich ein Beitrag zur Frage der Bindungswirkung des Verwaltungsakts und zur Frage der Wiedereröffnung des Rechtswegs, NJW 1959, S. 2137
- Zur Rechtsfindung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, DVBl. 1960, S. 350
- Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts, NJW 1960, S. 1881
- Der Wandel in der Beurteilung fehlerhafter Verwaltungsakte, DVBl. 1960, S. 913
- Voraussetzungen und Folgen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts, NJW 1962, S. 335

Hatschek, Julius und Kurtzig, Paul, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. u. 8. Auflage Leipzig 1931

Heck, Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914

Helfriz, Hans, Verwaltungsrecht (Grundrisse der Rechtswissenschaft), Hannover 1949 (zit.: Helfriz)

Herrnritt, Rudolf Hermann, Grundlehren des Verwaltungsrechts. Mit vorzugsweiser Berücksichtigung der in Österreich (Nachfolgestaaten) geltenden Rechtsordnung und Praxis dargestellt, Tübingen 1921 (zit.: Herrnritt)

Heseler, Rolf, Zur Umstellung der Grundpfandrechte, NJW 1950, S. 246

v. Hippel, Ernst, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin 1924

Hoffmann, Heinrich, Anmerkung zu VGH München, Urteil v. 12.2.1957 (BayVBl. 1957, S. 163), BayVBl. 1957, S. 165

Hollerbach, Alexander, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung ? Zu Ernst Forsthoff's Abhandlung "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in Festschrift für Carl Schmitt. Archiv des öffentlichen Rechts, 85. Band (46. Band der Neuen Folge) Tübingen 1960, S. 241 ff

Huber, Ernst Rudolf, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 29.11.1951, Archiv des öffentlichen Rechts, 78. Band (39. Band der Neuen Folge) Tübingen 1952 53, S. 113 ff

- Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage Tübingen 1953
  Erster Band (zit.: Huber, WVR I)
  Zweiter Band 2. Auflage Tübingen 1954, (zit.: Huber WVR II)

Hueck, Alfred, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 4. Auflage München und Berlin 1961

Imboden, Max, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 38
Basel und Stuttgart 1954

Ipsen, Hans Peter, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956

- Enteignung und Sozialisierung (1. Mitbericht), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 10, Berlin 1952, S. 74 ff

- Verwaltungsakte. In: Schriftfolge "Die Verwaltung" Band 2, Heft 23, Braunschweig, S. 1 ff

- Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht, Universität Hamburg, Heft 26, Hamburg 1932 (zit.: Ipsen, Widerruf)

Jellinek, Walter, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie, Tübingen 1908 (zit.: Jellinek, Staatakt)

- Zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge Band 21, der ganzen Folge 60. Band, Tübingen 1932, S. 1 ff

- Die badische Verwaltungsreform von 1863 und der Widerruf von Verwaltungsakten, DÖV 1953, S. 625

Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Auflage Berlin 1931, unveränderter Neudruck und Nachtrag, Offenburg 1948 (zit.: Jellinek)

Jesch, Dietrich, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956 (zit.: Jesch, Bindung)

- Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, Archiv des öffentlichen Rechts, 82. Band (43. Band der Neuen Folge) Tübingen 1957, S. 163 ff

- Gesetz und Verwaltung - Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips. Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Band 2, Tübingen 1961 (zit.: Jesch, Gesetz und Verwaltung)

Keidel, Fritz, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Handausgabe des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Erläuterungen, Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften, fortgeführt von Theodor Keidel, 7. Auflage, München und Berlin 1959

Klein, Friedrich, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat. In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 106. Band, Tübingen 1950, S. 390 ff (zit.: ZgStW)

Klinger, Hans, Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar, Göttingen 1960

Koehler, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Jan. 1960, Berlin und Frankfurt a.M. 1960

v. Köhler, Ludwig, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart und Berlin 1936 (2. Neudruck)

Koellreutter, Otto, Grundfragen des Verwaltungsrechts, Köln und Berlin 1955, (zit.: Koellreutter)

Kormann, Karl, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910 (zit.: Kormann)

Köttgen, Arnold, Subventionierung als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 485

Kretschmer, W., Zur Zurückforderung zuviel gezahlter Dienst- und Versorgungsbezüge, ZBR 1959, S. 311 ff

- Nochmals: Zur Zurückforderung zuviel gezahlter Dienst- und Versorgungsbezüge, ZBR 1961, S. 9 ff

Kroeber, Wilhelm, Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsakts. Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, Heft 27, Tübingen 1931

Krüger, Herbert, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1959, S. 450 ff

Kühn, Rolf, Abgabeordnung, Kommentar, 4. Auflage 1956, 6. Auflage, Stuttgart 1961

Lange, Otto, Ist die behördliche Genehmigung zu einem Zivilrechtsgeschäft widerruflich? NJW 1950, S. 731

- Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen. In: Archiv für die civilistische Praxis 152. Band (32. Band der Neuen Folge) 1952, 53, S. 241 - 265

- Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24.10.1956 (DVBl. 1957, 249), DVBl. 1957, S. 251

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II: Besonderer Teil, 4. Auflage München und Berlin 1960

Lechner, Hans, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 31), München und Berlin 1954

Lent, Friedrich, Freiwillige Gerichtsbarkeit. Ein Studienbuch, 3. Auflage München und Berlin 1958

Loppuch, Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt, NJW 1953, S. 1126

Mallmann, Walter, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung (1. Mitbericht), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 19, Berlin 1961, S. 165 ff

v. Mangoldt, Hermann, Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage von Dr. Friedrich Klein, Band I, Berlin und Frankfurt 1957 (zit.: v.Mangoldt-Klein)

Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch 8. Auflage, München und Berlin (zit.: Maunz)

- und Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1961 (zit.: Maunz-Dürig)

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht I. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, 6. Abteilung 1. Band, 3. Auflage München 1924 (zit.: Otto Mayer)

Menger, Christian Friedrich, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv, Band 49 (1958), S. 81 ff, 373 ff, Band 50 (1959), S. 86 ff Band 51 (1960), S. 155 ff, 273 ff

- Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, S. 297 ff

Naumann, Anmerkung zu LG Ansbach v. 5.10.51 (DVBl. 1952, 632), DVBl. 1952, S. 633

Nebinger, Robert, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949 (zit.: Nebinger)

Neuhäuser, Robert, Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden. Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht und Soziallehre, Hamburg 1921 Heft 8 (zit.: Neuhäuser, Erschleichung)

Peters, Hans, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949 (zit.: Peters)

Peters - Sautter - Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit von Horst Peters, Theodor Sautter und Richard Wolff, Band 1, 2. Auflage, Stuttgart und Köln, Stand August 1957

Piechulek, Günther, Die Abänderbarkeit von Verwaltungsakten unter besonderer Berücksichtigung des Lastenausgleichsrechts, JR 1957, S. 247 ff

Plog, Ernst, Der Widerruf von Pensionsfestsetzungsbescheiden - Zum Urteil des BVerwG vom 24. April 1959. In: Das Recht im Amt - Zeitschrift für Behörden, Verwaltungen und öffentliche Betriebe 1959, S. 237 (zit.: RiA)

Radbruch, Gustav und Zweigert, Konrad, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Auflage, Stuttgart 1952, 10. Auflage besorgt von K. Zweigert, Stuttgart 1961

- Rechtsphilosophie, 5. Auflage besorgt von Erik Wolf, Stuttgart 1956

- Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105

Reinicke, G. und D., Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, S. 3 ff

Reissmüller, Georg, Zur "Vermutung" der Gültigkeit von Verwaltungsakten (Glosse), JZ 1959, S. 646

Reuss, Hermann, Der Verwaltungsakt und seine Begründung, DVBl. 1954, S. 593

Rhower-Kahlmann, Harry, Sozialrecht und Grundgesetz, Soziale Sicherheit - Zeitschrift für Sozialpolitik 1957, S. 358 ff

Riewald, Alfred, Reichsabgabenordnung und Steueranpassungsgesetz, Teil I: Unveränderter Nachdruck Berlin und Köln 1956

Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflage München und Berlin 1958

Rümelin, Max, Die Rechtssicherheit - Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6.11.1924, Tübingen 1924

Saladin, Peter, Der Widerruf von Verwaltungsakten, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 58, Basel 1960 (zit.: Saladin)

Schäfer, Gerhard, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Reihe A, Band 5, Marburg 1960 (zit.: Schäfer)

Scheerbarth, Walter, Ist im Verwaltungsrecht die Hermeneutik auf Abwegen DVBl. 1960, S. 185 ff

Schlochauer, Hans-Jürgen, Öffentliches Recht, Grundzüge des Bundesstaatsrechts und des allgemeinen Verwaltungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung der Verbindung zum Völkerrecht, Karlsruhe 1957 (zit.: Schlochauer)

Schnorr, Gerhard, Die Rechtsidee im Grundgesetz - Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20 Abs. 3 GG - Archiv des öffentlichen Rechts, Band 60, S. 121 ff

Schoen, Paul, Der Widerruf von Verfügungen nach der Rechtsprechung des OVG. In: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen - Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925, S. 118 ff

Schüle, Adolf, Der streitentscheidende Verwaltungsakt. In: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, herausgegeben von der Verwaltungshochschule Speyer, Stuttgart 1957, S. 277 ff

- Anmerkung zu Württ.-Bad. VGH (SJZ 1948, Sp. 152), SJZ 1948, Sp. 155 ff

Schüler, Alfred, Zur Frage des Widerrufs eines Feststellungsbescheides, Recht zur Wiedergutmachung (RzW) 1958, S. 337 ff

Schultz, Anmerkung zu LSG Bremen (BB 57, 543), MDR 1957, S. 399

Schunck, E. und De Clerck, H., Verwaltungsgerichtsordnung mit ergänzenden Bundesgesetzen und Ausführungsgesetzen der Länder - Kommentar, Siegburg 1961

- - Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Kommentar, Siegburg 1952

Schütz, Erwin, Der Widerruf gesetzwidriger begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1958, S. 449

Sellmann, Martin, Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter - Schwerbeschädigtengesetz - mit den wichtigsten Nebengesetzen, Köln - Berlin 1954

Sommer, Günter, Der Widerruf von Verwaltungsakten, DÖV 1954, S. 655 ff, 685 ff, 716 ff, 744

Stich, Rudolf Franz, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Dissertation Mainz 1954

Stich, Rudolf, Die Verwirkung im Verwaltungsrecht - Eine kritische Bilanz der neueren Rechtsprechung - DVBl. 1959, S. 234 ff

Strickstrock, Wilhelm, Zum "begünstigenden" Verwaltungsakt. In: Staat und Bürger - Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958, S. 231 ff

Stückrath, Anmerkung zum Urteil des Hess. VGH v. 2.12.1949 (DVBl. 50, 681), DVBl. 1950, S. 683

Surén, Friedrich Karl und Loschleder, Wilhelm, Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 - Kommentar - Band II Berlin 1940

Tezner, Friedrich, Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, Archiv für öffentliches Recht, Neunter Band, Freiburg und Leipzig 1894, S. 325 ff

Thoma, Richard, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft. In: Das Öffentliche Recht der Gegenwart, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts (JÖR), Band IV, Tübingen 1910, S. 196 - 218

Tietgen, Walter, Anmerkung zu OVG Münster, Urteil v. 13.12.1957 (DVBl. 58, 471), DVBl. 1958, S. 472

v. Turegg, Kurt Egon, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Auflage Berlin 1956 (zit.: v. Turegg)

- Zum Widerruf von Verwaltungsakten, JR 1952, S. 18 ff

Ule, Carl-Hermann, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht. In: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Band 6 - Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 309 ff

- Anmerkung zu OVG Lüneburg, Urteil v. 22.6.1955 (DVBl. 56, 24), DVBl. 1956, S. 25 f.

- Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat. In: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, herausgegeben von der Verwaltungshochschule Speyer, Stuttgart 1957, S. 127 ff

- Hat sich der württ. EVRO bewährt ? DVBl. 1960, S. 612

- Verwaltungsprozeßrecht - Ein Studienbuch - 2. Auflage München und Berlin 1961

Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Mit Ermächtigung des Württ. Staatsministeriums herausgegeben von der Kommission für die Landesordnung des allgemeinen öffentlichen Rechts. Mit einem Vorwort von Staatsrat Dr. Hegelmaier. Stuttgart 1931 (zit.: EVRO, Begr.)

Wacke, Gerhard, Gegenstand und Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Klage. In: Archiv des öffentlichen Rechts. 79. Band (40. Band der Neuen Folge), 1953/54, S. 158 ff

- Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht - der Länder und des Bundes. Dargestellt für Verwaltungsbeamte und das wissenschaftliche Studium. Zugleich 7. Auflage des von Bill Drews begründeten Leitfadens, Berlin, Köln, München, Bonn 1961

Wagner, Klaus, Vertrauensschutz bei feststellenden Verwaltungsakten ? MDR 1960, S. 546 ff

Weber, Werner, Eigentum und Enteignung. In: Die Grundrechte - Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Berlin 1954 S. 331 - 399

Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band II, Teil ZPO, 2. Buch §§ 253 - 329, Berlin 1957

Wolff, Hans J., Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen. In: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Band 6. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff

Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht I - Ein Studienbuch - 4. Auflage, München und Berlin 1961 (zit.: Wolff)

Wirth, Jürgen, Ein neuer Gedanke zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1960, S. 173

Zinser, Anmerkung zu Hess. VGH, Urteil v. 9.3.1951 (DÖV 1953,150), DÖV 1953, S. 151

Zolles, Konrad, Die Verpflichtung der Verwaltungsbehörden zur Rücknahme von Verwaltungsakten, Dissertation Erlangen 1956 (zit.: Zolles)

Zuck, Rüdiger, Der Schutz der Rechtsstellung der ehrenamtlichen Verwaltungsrichter bei den Verwaltungsgerichten, DÖV 1960, S. 580 ff

EINFÜHRUNG

Während jahrzehntelang die Befugnis der Behörden zur Rücknahme fehlerhafter VAe kaum in Zweifel gestellt wurde, hat sich in dieser Frage gerade in den letzten Jahren ein Umbruch vollzogen, der zu einer unerwartet breiten und heftigen Diskussion geführt hat. Eine wahre Flut von Veröffentlichungen kennzeichnet die Bedeutung, die dem Problem allgemein beigemessen wird. So hat beispielsweise auch Forsthoff die Frage für wichtig genug gehalten, um im Vorwort zur 7. Auflage seines Lehrbuchs besonders auf sie zu verweisen. Nicht zuletzt ist es auch ihre eminent praktische Bedeutung für den Staatsbürger[1], die der Auseinandersetzung ein erhöhtes Gewicht verleiht.

Neben zahlreichen Entscheidungen und Aufsätzen wurden in den letzten beiden Jahren allein drei monographische Arbeiten zur Widerrufsfrage veröffentlicht[2]. Obwohl die im wesentlichen von der Rechtsprechung eingeleitete und auf eine Einschränkung der Rücknehmbarkeit fehlerhafter VAe hinzielende Entwicklung auch heute noch nicht als voll abgeschlossen angesehen werden kann, haben sich doch inzwischen die Standpunkte einigermaßen herauskristallisiert. Es erscheint daher wohl berechtigt, die zahlreichen Meinungsäußerungen nunmehr zusammenfassend darzustellen und kritisch zu beleuchten. Die vorliegende Arbeit will daneben aber vor allem auch die verfassungsrechtliche Seite des Problems zu lösen versuchen. Gerade in dieser Beziehung steht eine voll befriedigende Lösung bisher noch aus.

---

1) Vgl. dazu Schäfer, Der Widerruf begünstigender VAe, 1960, Vorwort S. 1.

2) Außer der in Fußnote 1 genannten Schrift von Schäfer noch Hangartner: Widerruf und Änderung von VAen aus nachträglich eingetretenen Gründen, 1959, und Saladin, Der Widerruf von VAen, 1960 (beide aus dem Schweizer Rechtskreis).

1. Kapitel

Gegenstand der Untersuchung, terminologische und begriffliche Vorbemerkungen

I. THEMATISCHE ABGRENZUNG

Die sogenannte Widerrufslehre, aus der vorliegend ein Teilbereich zu behandeln ist, befaßt sich, grob gesagt, mit der nachträglichen Aufhebung oder Abänderung von VAen durch die erlassende Behörde selbst. Im Gegensatz dazu steht die Aufhebung eines VAs durch verwaltungsgerichtliches Urteil. Die Erörterungen werden allgemein nach verschiedenen Richtungen hin unterschieden.

1. Rücknahme begünstigender VAe

Die bedeutsamste und auch allgemeinste Unterscheidung erfolgt danach, ob sich die Aufhebung für den betreffenden Bürger günstig auswirkt oder ob sie ihm nachteilig ist. Dies ist der Fall, wenn ein begünstigender, jenes, wenn ein belastender VA aufgehoben wird[1]. Man unterscheidet danach grundsätzlich die Rücknahme (den Widerruf) belastender und begünstigender VAe[2]. Dabei ist die Aufhebung belastender VAe, was die Berechtigung der erlassenden Behörde hierzu betrifft[3], rechtlich im wesentlichen unproblematisch. Sie wird, da sie dem Bürger vorteilhaft ist, in der Regel ohne weiteres zulässig sein. Die eigentlichen Schwierigkeiten liegen somit in der Frage, ob die Behörde auch zuungunsten des Betroffenen einen begünstigenden VA abändern oder aufheben kann. Damit allein soll sich die vorliegende Arbeit beschäftigen.

2. Rücknahme fehlerhafter begünstigender VAe

Weiter ist grundsätzlich der Widerruf fehlerfreier VAe von der Rücknahme fehlerhafter VAe zu trennen[4]. Die Frage der Widerruflichkeit fehlerloser begünstigender VAe erschien lange Zeit als das zentrale Problem der Widerrufslehre.

---

1) Wolff, VerwR I, S. 289, Hangartner, Widerruf und Änderung, S. 88 f, stellen auch terminologisch auf die Wirkungen des Rücknahmeakts selbst ab. Darüber, daß auch die Mehrbelastung unter den Begriff der Rücknahme eines begünstigenden VAs fällt, vgl. unten, S. 13 ff.

2) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 238; Jellinek, VerwR., S. 282.

3) Inwieweit auch eine Pflicht der Behörde zur Aufhebung eines fehlerhaften VA besteht, ist teilweise umstritten. Vgl. Zolles, Die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde zur Rücknahme von VAen, 1956; Forsthoff, Lehrbuch, S. 241.

4) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 238.

Ipsen hat ihr im Jahre 1932 seine grundlegende Arbeit "Der Widerruf gültiger VAe" gewidmet. Die Fehlerhaftigkeit wurde allgemein als ein Widerrufsgrund unter anderen angesehen[5]. Heute ist die eigenständige Problematik der Frage der Aufhebung fehlerhafter begünstigender VAe erkannt und zum umstrittensten Teilbereich der Widerrufslehre geworden. Auf die Erörterung der Rücknehmbarkeit des fehlerhaften begünstigenden VAs beschränken sich auch die folgenden Ausführungen, wobei die Fragestellung noch genauer dahin geht, ob die Aufhebung oder Änderung allein wegen der Fehlerhaftigkeit zulässig ist. Es geht hier somit um die Fälle, in denen der Widerruf an sich, d.h. wenn der betreffende VA fehlerfrei wäre, nicht erfolgen könnte. Auch der fehlerhafte VA kann ohne Rücksicht auf seine Fehlerhaftigkeit stets widerrufen werden, wenn Voraussetzungen vorliegen, unter denen selbst ein entsprechender fehlerfreier VA aufgehoben werden dürfte[6].

3. Rücknahme ursprünglich fehlerhafter begünstigender VAe

Aus unseren Betrachtungen sollen schließlich auch die Fälle ausgeklammert werden, bei denen VAe erst später rechtswidrig geworden sind, bei Erlaß jedoch rechtmäßig waren[6a]. Diese erst nachträgliche Rechtswidrigkeit kann insbesondere bei VAen mit Dauerwirkung[7] sowohl dadurch hervorgerufen werden, daß sich infolge Gesetzesänderungen die rechtliche Grundlage wandelt, als auch infolge Veränderungen der tatsächlichen Voraussetzungen. Hieraus ergeben sich auch unterschiedliche rechtliche Folgerungen für die Frage der Rücknehmbarkeit, so daß es gerechtfertigt erscheint, die Rücknahme wegen ursprünglicher, von Anfang an bestehender Fehlerhaftigkeit gesondert zu behandeln. Hinsichtlich der Rücknahme aus nachträglich eingetretenen Gründen kann auf die ausführliche Arbeit Hangartners "Der Widerruf und die Änderung von VAen aus nachträglich eingetretenen Gründen" verwiesen werden.

II. TERMINOLOGIE

1. "Widerruf" - "Rücknahme"

Erhebliche Uneinigkeit in der Literatur und Rechtsprechung zeigt sich bereits hin-

---

5) Vgl. Art. 48 württ. EVRO; Jellinek, S. 282.

6) So werden beispielsweise Ausnahmebewilligungen, auch wenn sie rechtmäßig erteilt wurden, als frei widerruflich angesehen, solange der Empfänger von ihnen keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. Forsthoff, S. 244 f).

6a) Vgl. dazu Haueisen, NJW 60, 1884 und NJW 58, 1066.

7) Vgl. dazu unten S. 145.

sichtlich der zu verwendenden Terminologie. Obwohl es sich hierbei um eine rein Zweckmäßigkeitsfrage ohne sachliche Bedeutung handelt, sollen die verschiedene Meinungen kurz dargestellt werden, bevor wir uns selbst auf eine bestimmte Sprac regelung festlegen.

In der älteren Literatur unterscheidet Kormann zwischen der Anfechtung eines VAs durch den Betroffenen (Parteianfechtung) und der Anfechtung durch den Handeln- den, also die erlassende Behörde selbst (Selbstanfechtung) [7a]. Hebt die erlassende Behörde selbst auf, so spricht Kormann von "Rücknahme", hebt die Oberbehörde auf, so nennt er dies "Aufhebung"[8]. "Widerruf" ist bei ihm die abstrakte Vernich tung eines VAs durch einen neuen VA, umfaßt somit sowohl "Rücknahme" wie auc "Aufhebung"[9]. Otto Mayer spricht von "Zurücknahme" bei Beseitigung "von nun an" und von "Widerruf" bei Geltendmachung einer Besonderheit, welche auf die E teilung selbst zurückwirkt[10]. Fleiner[11] verwendet die Ausdrücke "zurücknehmen "abändern", "widerrufen" ohne begriffliche Unterscheidung.

Jellinek versteht unter "Aufhebung" im engeren Sinne die Rückgängigmachung eines VAs durch die höhere Behörde, während "Zurücknahme" der allgemeine Aus druck für die Beseitigung eines VAs durch die erlassende Behörde sein soll. "Wider ruf" dagegen soll speziell die Zurücknahme eines begünstigenden VAs bezeichnen[1 Ipsen schließlich unterscheidet danach, ob ein fehlerhafter oder fehlerfreier VA be seitigt werden soll. Im ersten Fall verwendet er den Ausdruck "Anfechtung", im zweiten die Bezeichnung "Widerruf" [13].

Ebenso findet sich in der neueren Literatur eine vielfältige Ausdrucksweise. So unterscheidet auch Wolff zunächst einmal grundsätzlich zwischen "Aufhebung" und "Widerruf", d.h. zwischen der Rückgängigmachung eines VA auf einen Rechtsbe- behelf hin und der Rückgängigmachung durch die Behörde außerhalb eines Wider- spruchverfahrens[14]. Der Widerruf selbst kann je nachdem entweder eine "Zurück- nahme" bei Wirkung ex tunc oder nur eine "Beseitigung" bei Wirkung ex nunc sein[15].

7a) System, S. 209, 305, 308.
8) System, S. 307/308.
9) System, S. 312, 313, 323.
10) VerwR I, 1895, S. 303/304.
11) Institutionen S. 198.
12) VerwR, S. 258; Staatsakt S. 156.
13) Widerruf, S. 1, 19.
14) VerwR, S. 275 f.
15) Ebenso Erning, ZSR 60, 476. Dickmann spricht bei ex tunc-Änderung von "Widerruf", bei ex nunc-Änderung von "Aufhebung" (DÖV 57, 278).

Schütz[16], Sommer[17] und in den früheren Auflagen seines Lehrbuchs auch Forsthoff[18] verwenden ähnlich wie schon Jellinek[19] die Bezeichnung "Widerruf", wenn es sich um die Abänderung eines begünstigenden VAs handelt, den Ausdruck "Rücknahme", wenn ein belastender VA rückgängig gemacht werden soll[20].

V. Turegg[21] wiederum will VAe, bei denen die Rechtsmittelfrist noch läuft, "widerrufen", unanfechtbar gewordene VAe dagegen "zurückgenommen" wissen.

Wie schon Ipsen[22], Naumann[23] und Friesenhahn[24], will auch Haueisen[25] den Ausdruck "Widerruf" der Abänderung f e h l e r f r e i e r VAe vorbehalten. Die Rückgängigmachung fehlerhafter VAe soll dagegen mit "Rücknahme" bezeichnet werden[26]. Diese von Haueisen als zweckmäßig vorgeschlagene und immer wieder verfochtene[27] Terminologie scheint sich allmählich durchgesetzt zu haben, Wolff[28], Schäfer[29] und Beinhardt[30] bezeichnen sie als herrschende Meinung. Auch Forsthoff hat sich ihr seit der 7. Auflage seines Lehrbuchs angeschlossen[31]. Neben dem OVG Berlin[32] arbeiten auch das BVerwG[33] und das BSG[34] teilweise mit der Terminologie Haueisens[35]. Im übrigen werden die Bezeichnungen "Widerruf" und "Rücknahme" synonym gebraucht oder überhaupt nur einheitlich von "Widerruf" gesprochen.

Mit Schäfer[36] mag man durchaus die Frage aufwerfen, ob es überhaupt gut und

---

16) DÖV 58, 449. 17) DÖV 54, 656. 18) 6. Aufl. 1956, S. 230.
19) Vgl. Fußnote 12, S. 4.
20) Ebenso Schoen, DÖV 60, 959 unter Hinweis auf § 113 VwGO und der Bay. VGH BayVBl. 57, 163.
21) JR 52, 18. 22) Vgl. Fußnote 13, S. 4.
23) DVBl. 52, 633.
24) Recht, Staat und Verwaltung, 1950, 2. Band Nr. 258 und 260.
25) NJW 54, 1425.
26) Gerade umgekehrt die Ausdrucksweise bei Schunck-De Clerck, VGG Rh.-Pf., § 23 A. 1c.
27) DVBl. 57, 506; NJW 58, 642; NJW 58, 1661; DVBl. 59, 228.
28) VerwR I, S. 288. 29) Widerruf, S. 2.
30) BayVBl. 60, 241.
31) S. 239, ebenso Koehler, VwGO, § 113 B VIII 1; Klinger, VwGO, § 42 E IV 1.
32) 14.11.56 DVBl. 57, 503 = ES Bd. 5, S. 1.
33) 3. Senat BVerwGE 5, 312; DVBl. 58, 652; 6. Senat: DÖV 59, 581.
34) BSG NJW 58, 645; NJW 58, 1700; NJW 59, 1607.
35) Ebenso VGH Stuttg. VRspr. 10, 662; OVG Lünebg. ZBR 58, 346; OVG Hmbg. DVBl. 59, 147; OVG Rhl.-Pf. DOV 59, 795; DVBl. 61, 171.
36) Widerruf, S. 2/3.

zweckmäßig ist, in Widerruf und Rücknahme zu unterteilen. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß häufig Zweifelsfälle auftauchen können, bei denen schon die Wahl der richtigen Bezeichnung Schwierigkeiten bereitet[37]. Der Frage ist indessen keine besondere Bedeutung beizumessen. Worum es allein geht, ist, in der umstrittenen Materie überhaupt eine gemeinsame Sprachregelung zu finden. Sie ist Voraussetzung jeder fruchtbaren Diskussion. Angesichts der dargestellten Verwirrung, die bisher in dieser Frage herrschte, ist es daher zu begrüßen, wenn sich nunmehr doch eine bestimmte Terminologie als vorherrschend abzeichnet. Man sollte deshalb auch nicht durch andere alte oder neue Vorschläge dieser Entwicklung entgegentreten.

Entsprechend der vorherrschenden Auffassung wird aus den genannten Gründen auch im folgenden die Abänderung oder Beseitigung fehlerhafter VAe als "Rücknahme", fehlerfreier dagegen als "Widerruf" bezeichnet. "Aufhebung" soll als der umfassende Begriff sowohl für Rücknahme und Widerruf wie auch für die Aufhebung eines VAs durch verwaltungsgerichtliches Urteil gebraucht werden[38].

2. "Fehlerhafte VAe"

Noch ein Wort zum "fehlerhaften" VA. In der älteren Literatur wurde im Anschluß an Otto Mayer[39] im allgemeinen der Ausdruck "Ungültigkeit" verwendet, um zu kennzeichnen, daß ein VA an einem Mangel leide[40]. Die "ungültigen" VAe unterteilten sich dann weiter in die "unwirksamen", die "anfechtbaren" und die "widerruflichen" VAe[41]. An Stelle der mißverständlichen Bezeichnung "Ungültigkeit"[42] ist nach dem heutigen Sprachgebrauch mehr und mehr der Terminus "Fehlerhaftigkeit" getreten[43]. Die "fehlerhaften" VAe wiederum werden in "nichtige" einerseits und "aufhebbare"[44] oder "vernichtbare"[45] andererseits unterteilt, wobei die letzteren Begriffe sowohl die Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel wie auch die Rücknehmbarkeit umfassen. Die "Fehlerhaftigkeit" in diesem technischen Sinn bestimmt sich daher von der Folge her, welche der "Fehler" für die Wirksamkeit oder Beständigkeit des VAs hat[46].

---

37) Vg. Schäfer, a.a.O.

38) So Haueisen, NJW 54, 1425; s. dagegen aber Schoen, DÖV 60, 959, der aus § 113 VwG schließt, daß das Gesetz den Begriff "Aufhebung" nicht als Oberbegriff für Zurücknahme und Widerruf verstanden wissen will.

39) VerwR I, S. 95

40) Jellinek, VerwR, S. 262; Peters, Lehrb., S. 165; kritisch dazu Forsthoff, Lehrb., S. 20

41) Teilweise wurden auch nur unwirksame (= nichtige) und anfechtbare VAe unterschieden. Vgl. dazu Forsthoff, Lehrb., S. 207.

42) Vgl. Forsthoff, a.a.O.; Jellinek, VerwR, S. 262.

43) Forsthoff, a.a.O.; Wolff, VerwR I, S. 269.

44) Forsthoff, a.a.O.

45) Bender, VerwR, S. 103, 108 f.

46) So ausdrücklich Forsthoff, a.a.O.

Diese Begriffsbildung bedarf für unsere Zwecke einer Korrektur. Da gerade erst festgestellt werden soll, ob sich aus der "Fehlerhaftigkeit" eines VA in jedem Fall die Rechtsfolge der Aufhebbarkeit durch Rücknahme ergibt, muß dieser Begriff hier in einem weiteren, von der Rechtsfolge unabhängigen Sinne aufgefaßt werden[47]. Eine genauere Klärung des Begriffs des fehlerhaften oder rechtswidrigen [48] VAs wird noch an späterer Stelle erfolgen. Vorerst mag die Feststellung genügen, daß vorliegend mit dem Ausdruck "fehlerhaft" lediglich gesagt werden soll, daß der betreffende VA an einem Mangel leidet, hingegen mit dieser Bezeichnung nichts über die Rechtsbeständigkeit ausgesagt wird.

III. BEGRIFF DER RÜCKNAHME

1. Wirksamer VA als Gegenstand der Rücknahme

Von der Rücknahme eines begünstigenden VAs spricht man, wenn ein VA durch einen anderen VA zuungunsten des Betroffenen aufgehoben oder abgeändert wird und zwar in der Regel durch die erlassende oder die ihr übergeordnete Behörde. Die Rücknahme greift damit materiell in eine schon zuvor durch VA geregelte Rechtslage ein. Gegenstand der Rücknahme ist ein bereits wirksam gewordener VA und die auf diesem beruhenden Rechtswirkungen[48a]. Daraus ergibt sich die Folgerung, daß begrifflich eine "Rücknahme" ausgeschlossen ist, solange der ursprüngliche VA den Bereich der erlassenden Behörde noch nicht verlassen hat, etwa erst als "Entwurf" vorliegt[49]. Die Abänderung oder Aufhebung eines solchen "Entwurfs", der noch ein Internum der Verwaltung darstellt, bedarf nicht der Voraussetzungen, die für die Rücknahme gelten[50]. Erst dann, wenn der VA tatsächlich ergangen ist, in der Regel also, wenn er dem Adressaten bekannt gemacht wurde[51] und er da-

---

47) So unterscheidet Wolff, VerwR I, S. 269 f, 275 f zwischen "Nichtigkeit" und "Mangelhaftigkeit".

48) Haueisen, DVBl. 60, 913, Fußn. 6, will den Ausdruck "rechtswidriger" VA als Oberbegriff für den "nichtigen" und den "fehlerhaften" VA verwenden. Fehlerhaft ist bei ihm der VA, der zwar rechtswidrig, aber nicht nichtig ist. Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird jedoch die Bezeichnung "fehlerhaft" und "rechtswidrig" gleichbedeutend und zwar als Oberbegriff für "nichtige" einerseits und "aufhebbare", "vernichtbare", "mangelhafte" usw. VAe andererseits verwendet.

48a) Vgl. Hangartner, S. 15; Ipsen, Widerruf, S. 18.

49) Vgl. Bender, Allg. VerwR, S. 103/104: "Noch-nicht-VA".

50) Ipsen, Widerruf, S. 21/22 spricht von "unechtem" Widerruf. Vgl. auch Kormann, System, S. 326.

51) Wolff, VerwR I, S. 265; Forsthoff, Lehrb., S. 202; Nebinger, VerwR, S. 221;

mit Rechtswirksamkeit erlangt hat, stellt sich die Frage der Rücknahme.

2. Formelle und materielle Rücknahme

Die Rücknahme kann nun einmal in der Weise geschehen, daß die Verwaltungsbehörde in ihrem neuen Ausspruch ausdrücklich auf den ursprünglichen VA Bezug nimmt und ihn expressis verbis "aufhebt", sei es, daß sich die Rücknahme in dieser Aufhebung erschöpft, sei es, daß die Verwaltung zugleich an Stelle der alten Regelung eine neue festsetzt. Man spricht in diesen Fällen von formeller Rücknahme[52], um zu kennzeichnen, daß der ursprüngliche VA auch formell zurückgenommen wird, wobei nicht außer acht gelassen werden darf, daß auch hier natürlich der Schwerpunkt bei der materiellen Wirkung der Rücknahme liegt.

Zum andern kann die Verwaltung einen VA so zurücknehmen, daß sie sich stillschweigend über ihren früheren VA hinwegsetzt und, ohne diesen ausdrücklich überhaupt zu erwähnen, eine von der ursprünglichen abweichende Regelung trifft[52a]. Eine derartige Rücknahme wird als materielle Rücknahme bezeichnet. Genauer wäre es, hier von einer nur materiellen Rücknahme zu sprechen, da, wie oben ausgeführt, auch die "formelle" Rücknahme materiell wirkt.

Die Unterscheidung ist rechtlich nicht von wesentlicher Bedeutung, da es für die Frage der Zulässigkeit der Rücknahme in der Regel nur auf deren materielle Wirkung ankommt. Im Interesse der Rechtsklarheit sollte sich die Behörde allerdings nicht nur damit begnügen, einen VA nur materiell zurückzunehmen, indem sie eine andere Regelung an dessen Stelle setzt, sondern zugleich immer den Rücknahmeakt formell als solchen kennzeichnen.

Art. 22 württ. EVRO; BGH VRspr. 6, 340 (342). Grundsätzlich können VAe formlos ergehen (Wolff, a.a.O.; Forsthoff, Lehrb., S. 200). Nur ausnahmsweise ist die Wirksamkeit an die Innehaltung einer bestimmten Form gebunden (vgl. z.B. § 16 I RuStAG und §§ 6 II und 10 II BBG, weitere Beispiele bei Jellinek, VerwR, S. 269 und Forsthoff, Lehrb., S. 218/219).

52) Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rücknahme geht auf Kormann (System, S. 323) zurück. Vgl. auch § 94 RAO und Schäfer, Widerruf, S. 4. Hangartner, S. 17 f spricht von Widerruf im formellen Sinne dann, wenn der neue Akt lediglich Rechtswirkungen des früheren Akts ganz oder teilweise beseitigt.

52a) Das BVerwG (BVerwGE 9, 187, 189) hält das offenbar aus Gründen der Rechtsklarheit für unzulässig.

3. Teilweise Rücknahme

Rücknahme kann sowohl die völlige Aufhebung wie auch die teilweise Beseitigung oder Abänderung eines VAs sein[53]. Im ersten Fall soll die Rechtslage so angesehen werden, wie wenn der ursprüngliche VA überhaupt nie ergangen wäre. Demgegenüber liegt eine Teilrücknahme dann vor, wenn der neue VA den ursprünglichen nur einschränkt, beispielsweise eine Geldleistung der Summe nach herabgesetzt wird. Das gleiche gilt aber auch, wenn die ursprüngliche Regelung in anderer Weise, etwa durch nachträgliches Hinzufügen einer Bedingung oder Auflage[54] eingeschränkt oder abgeändert wird. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich zur bloßen "Ergänzung" eines VAs[55] ergeben. Eine solche dürfte anzunehmen sein, wenn die Behörde nachträglich einzelne Punkte, die in der Regelung an sich schon enthalten sind, erklärend verdeutlicht, beispielsweise bei der Erteilung der Bauerlaubnis nachträglich zur "Auflage" macht, daß von den vorgelegten Bauplänen nicht abgewichen werden dürfe oder die Erlaubnis zur Abhaltung einer öffentlichen Tanzveranstaltung dahin ergänzt, daß kein ruhestörender Lärm verursacht werden darf.

4. Abgrenzung zur Berichtigung

Keine Rücknahme ist die sogenannte Berichtigung eines VAs. Unrichtigkeiten, welche die Rechtswirksamkeit des VAs nicht beeinflussen, wie Schreibfehler, irrtümliche Bezeichnung des Adressaten, falsche Zitate und ähnliches können von der Verwaltungsbehörde jederzeit nachträglich berichtigt werden[56]. Eine entsprechende Vorschrift findet sich in § 319 ZPO[57], die auch im Verwaltungsverfahren entsprechend anwendbar ist. Der Berichtigungsmöglichkeit sind allerdings enge Grenzen zu ziehen. Keinesfalls darf der VA durch die Berichtigung eine inhaltliche Änderung erfahren[58]. Ein lehrreiches Beispiel, wie weit die Grenze zwischen offenbarer Unrichtigkeit und inhaltlicher Änderung verwischt werden kann, gibt die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs zu § 92 III RAO. Dieser sah eine "offenbare Unrichtigkeit" auch dann als gegeben an[59], "wenn der Veranlagungsbeamte we-

---

53) Wolff, S. 289; Ipsen, Widerruf, S. 18; Kormann, S. 342. Art. 82 EVRO unterscheidet Zurücknahme und Änderung.

54) Vgl. Ipsen, Widerruf, S. 21.

55) Ipsen, a.a.O.

56) Vgl. Wolff, VerwR I, S. 280/281; Forsthoff, Lehrb., S. 205; Jellinek, VerwR, S. 283; Schäfer, Widerruf, S. 67; Peters, Lehrb., S. 168; Schuler, RzW 58, 339. Dies gilt allerdings nur, soweit nicht gerade für die Berichtigung ein besonderes Verfahren vorgeschrieben ist, wie z.B. in § 47 PersStG.

57) Ebenso § 92 III RAO, § 96 II Thür. LVO, § 138 SGG, § 118 VwGO.

58) Vgl. Kormann, System, S. 214 und 325: "Beseitigung eines Schönheitsfehlers".

59) Gutachten v. 7.8.1936, Bd. 40, 52; vgl. auch Nebinger, S. 217.

sentliche Tatbestandsmerkmale oder Tatsachen, die aus den Akten oder den Veranlagungsunterlagen hervorgehen, versehentlich nicht beachtet und deshalb den Tatbestand unzutreffend beurteilt hat oder wenn er eine Vorschrift, über deren Bedeutung und Tragweite keine Zweifel bestehen, aus Versehen nicht oder unrichtig angewandt hat". Diese auf § 1 des Steueranpassungsgesetzes[60] beruhende Rechtsprechung ist zu Recht angegriffen worden; heute, nach Aufhebung des § 1 Steueranpassungsgesetz, ist ihr die Grundlage entzogen. Nach jetzt einhelliger Auffassung ist § 92 III RAO eng auszulegen und die Fehlerberichtigung auf Flüchtigkeiten in der formalen Sphäre ("mechanische" Versehen) zu beschränken. Fehler im Bereiche des Überlegens, des Schlußfolgerns und des Urteilens, d.h. bei der Bildung des Entscheidungswillens können keine "offenbaren Unrichtigkeiten" sein[61]. Die Anwendung des § 92 III RAO scheidet aus, wenn auch nur die Möglichkeit eines Rechtsirrtums besteht[62].

Die Unrichtigkeit i.S. des § 92 III RAO braucht sich jedoch nach Auffassung des BFH[63] nicht aus dem Bescheid selbst zu ergeben, es genüge, daß sie sich aus den zugrunde liegenden Akten entnehmen lasse[64]. Es fragt sich indessen, ob man in diesen Fällen von einer "offenbaren" Unrichtigkeit noch sprechen kann. Im Interesse der Rechtssicherheit wird man verlangen müssen, daß die Unrichtigkeit für den betroffenen Bürger ohne weiteres erkennbar ist[65]. Das dürfte aber bei Unrichtigkeiten, die sich nur aus den Akten ergeben, in der Regel nicht der Fall sein.

Wie leicht man bei großzügiger Auslegung des Begriffs der "offenbaren Unrichtigkeit" dazu verführt werden kann, durch Zulassung einer "Berichtigung" die Rücknahmeregeln zu umgehen, zeigt auch in anschaulicher Weise eine neuere Entscheidung des OVG Lüneburg[66], wonach eine Berichtigung jederzeit zulässig sein soll, "wenn die Fehlerhaftigkeit lediglich auf Mängeln des Rechenwerks beruht". In dem betreffenden Fall lagen aber nicht nur Mängel in der Übermittlungshandlung (Verschreiben usw.) oder eine sonstige, den Inhalt des VAs nicht berührende Unrichtigkeit vor, der VA war vielmehr in seinem wesentlichen Ausspruch, seinem Verfügungssatz unrichtig. Die Behörde hatte sich keineswegs nur in der Erklärung ihres Willens versehen[67], sondern war irrtümlich von einem falschen Sachverhalt

---

60) V. 16.10.1934 (RGBl. I, S. 925); vgl. auch § 19 III Steuervereinfachungsverordnung vom 14.9.1944 (RGBl. I, S. 202).

61) So BFH BStBl. III 133 (134); vgl. auch Friesecke, NJW 58, 1663 (1664); Schäfer, Widerruf, S. 68; Kühn, AO, § 92 Anm. 2a; Haueisen, NJW 54, 1425.

62) Vgl. BFH BStBl. III, 214; Kühn, AO, § 92 Anm. 2a.

63) Urt. BStBl. 53 III 6 (8).

64) Vgl. auch Friesecke, NJW 58, 1664.

65) Vgl. Schäfer, Widerruf, S. 69

66) V. 18.3.60 DVBl. 60, 492.

67) Wie etwa in dem vom KG in RzW 58, 373 entschiedenen Fall.

ausgegangen[68]. Damit aber war eindeutig die Grenze zwischen bloßer Berichtigung und Rücknahme überschritten[69].

IV. BEGRIFF DES BEGÜNSTIGENDEN VAS

1. Die Begünstigung als Rechtsbegriff: Einräumung einer rechtlich geschützten Position

Die das ganze Verwaltungsrecht durchziehende große Zweiteilung der VAe in solche begünstigender und solche belastender Natur[70] ist gerade für die Widerrufs- und Rücknahmelehre von besonderer Bedeutung. Wird doch allgemein nur die Rücknahme begünstigender VAe bsonderen Beschränkungen unterworfen, während die Rücknahme belastender VAe als ohne weiteres zulässig angesehen wird. Dabei ist aber nicht zu übersehen, daß es im Grunde ja die begünstigende oder belastende Wirkung des Rücknahmeakts selbst ist, die eine unterschiedliche Beurteilung der Voraussetzungen fordert[71]. Zweifel an der Zulässigkeit der Rücknahme eines begünstigenden VAs ergeben sich grundsätzlich nur, soweit diese den Bürger belasten würde[72]. Die belastende Wirkung des Rücknahmeakts ist kennzeichnend für den Tatbestand der Rücknahme eines begünstigenden VAs.

Sollen die Begriffe "Begünstigung" und "Belastung" überhaupt einen rechtlich relevanten Inhalt haben, so kann nicht jeder irgendwie geartete Vorteil eine Begünstigung und nicht jeder Nachteil eine Belastung darstellen. Bei der Begriffsbildung sollte vielmehr an den Rechtsschutz angeknüpft werden. Belastend ist ein VA dann, wenn der Bürger im Falle seiner Rechtswidrigkeit durch Rechtsbehelf und Klage die Aufhebung des VAs erreichen kann[73]. Der Bürger ist aber keineswegs gegen alle nachteiligen Wirkungen geschützt, die sich aus einem VA für ihn ergeben können. Voraussetzung der Gewährung von Rechtsschutz ist immer, daß der Betreffende durch den Staatsakt "beschwert", d.h. in seiner Rechtsposition geschmälert oder beeinträchtigt ist[74]. Eine Rechtsbeeinträchtigung in diesem Sinne

---

68) Es handelt sich deshalb auch nicht nur um einen "Mangel des Rechenwerks".

69) In dem erwähnten Fall wäre -wie das OVG Lüneburg selbst hilfsweise ausführt- die nachträgliche Änderung wohl auch unter dem Gesichtspunkt der Rücknahme zulässig gewesen.

70) Jellinek, S. 254.

71) Wolff, S. 289, unterscheidet daher auch begrifflich zwischen "günstiger" und "lästiger" Rücknahme. Zu dieser Frage auch Hangartner, S. 87 ff.

72) Auszuscheiden ist daher die Abänderung eines begünstigenden VAs zugunsten des Bürgers.

73) Vgl. auch Ule "Verwaltungsprozeßrecht" 1960, S. 106.

74) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Anm. 91.

liegt aber nur dann vor, wenn rechtlich geschützte Interessen geschmälert sind[75]. Kennzeichnet man folglich so den Begriff der "Belastung" als die Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Interesses, so ergibt sich in unmittelbarer Abhängigkeit hiervon der Begriff des "begünstigenden VAs".

Die Begünstigung durch den ursprünglichen VA stellt lediglich die Kehrseite der belastenden Wirkung des Rücknahmeakts selbst dar; letztere ergibt sich aus der Beeinträchtigung der hier auf dem begünstigenden VA beruhenden Rechtsposition. Ein begünstigender VA ist damit ein solcher, der jemandem ein Recht oder eine rechtlich geschützte Position verschafft oder verbessert hat[76]. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, soll nun im folgenden kurz untersucht werden.

Mit dem Begriff der rechtlich geschützten Position soll zunächst einmal zum Ausdruck gebracht werden, daß der begünstigende VA jedenfalls nicht die Begründung eines subjektiv-öffentlichen Rechts im Sinne der früheren Lehre zur Voraussetzung hat. Es ist heute herrschende Auffassung, daß als Klagevoraussetzung im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO nicht die Verletzung eines subjektiven Rechts in diesem alten Sinne geltend gemacht sein muß[77], sondern daß der Begriff der "Rechte" die gesamte von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte Rechts- und Interessensphäre des Betroffenen umfaßt[78]. Ob ein VA eine Begünstigung für einen bestimmten Bürger enthält, bestimmt sich damit von seiner Interessenlage her[79]. Diese Interessenlage des von dem VA Betroffenen ist hierbei o b j e k t i v zu beurteilen[79a]. Ein VA, der dem Adressaten etwas verbietet oder ihm eine Pflicht auferlegt, wird beispielsweise nicht deshalb, weil er dem Adressaten aus besonders ganz persönlichen Gründen wünschenswert ist, zum begünstigenden VA.

2. Nachteilige Nebenwirkungen begünstigender VAe für den Empfänger

Häufig ergeben sich aus der Gewährung oder Verbesserung einer bestimmten Rechtsposition zugleich auch Verpflichtungen für den Betroffenen. So wird etwa durch die Verleihung der Staatsangehörigkeit die Wehrpflicht begründet, die Beamtenernennung bringt neben den Rechten auch erhebliche Pflichten mit sich,

---

75) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Anm. 97.

76) Vgl. Schunck - De Clerck, VwGO, § 42 Anm. 2c gg 1) S. 185.

77) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Rdnr. 97.

78) Schunck - De Clerck, VwGO, § 42 Anm. 2 d aa), S. 187.

79) Ipsen, Widerruf, S. 13.

79a) Vgl. auch Hangartner, S. 88. Es geht aber zu weit, wenn etwa das BVerwG (BVerwGE 2, 290, 293) in einer Preiserhöhungsgenehmigung zugleich auch eine Begünstigung des Zahlungsschuldners erblickt, weil für ihn keine rechtliche Verpflichtung begründet, ihm vielmehr nur "erlaubt" werde, die höheren Sätze zu bezahlen (vgl. dazu Bachof, JZ 57, 437).

Ähnliches gilt beispielsweise für die Verleihung eines Enteignungsrechts an einen Unternehmer[80]. Hier kommt es darauf an, ob die Rechtsstellung des Adressaten insgesamt verbessert wird, ob also die Begünstigung die Belastung überwiegt[81]. Daß sich an einen im ganzen gesehen begünstigenden VA auch Nebenverpflichtungen knüpfen, ändert dessen Charakter nicht[82]. Soweit sich die begünstigenden und belastenden Elemente eines VAs voneinander trennen lassen, finden auch die Regeln über die Rücknahme begünstigender VAe nur insoweit Anwendung, als die Begünstigung reicht. Der mit dem Erlaß eines begünstigenden VA verbundene Kostenansatz kann beispielsweise jederzeit zugunsten des Adressaten abgeändert werden[83].

3. VAe mit negativem Inhalt - Abänderung belastender VAe zuungunsten des Empfängers

Schwierigkeiten ergeben sich auch bei der Beurteilung von VAen mit negativem Inhalt[83a].

In diesem Zusammenhang sind die Fälle zu erörtern, in denen ein belastender VA zuungunsten des Adressaten abgeändert wird. Die Erhöhung der Belastung durch einen zweiten VA wird teilweise grundsätzlich zugelassen mit der Begründung, der Adressat eines belastenden VAs erwerbe kein Recht darauf, in der gleichen Sache nicht noch mehr belastet zu werden[84]. Es wird auch darauf hingewiesen, die zur Belastung ermächtigende Rechtsnorm sei durch den ersten belastenden VA nicht verbraucht worden, so daß sich die Zulässigkeit der Mehrbelastung lediglich nach den Vorschriften beurteilen würde, auf Grund deren der erste VA ergangen ist[85]. Demgegenüber will Hangartner die ordentlichen Widerrufsregeln auf diese Fälle allgemein angewendet wissen[85a]. Ob sich die Zulässigkeit der nachträglichen Verschärfung einer Belastung nach den Regeln über die Rücknahme begünstigender VAe beurteilt, kann jedoch nicht für alle Fälle einheitlich entschieden werden. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob der ursprüngliche belastende

---

80) Vgl. Ipsen, Schriftenfolge "Die Verwaltung", Heft 23: VAe, S. 8; Schäfer, Widerruf, S. 3.

81) Schäfer, Widerruf, S. 3. 82) Peters, S. 155.

83) Zur Anfechtbarkeit vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Rdnr. 94.

83a) Nach OVG Berlin NJW 57, 1775 (1776) kann eine Entscheidung negativen Inhalts kein echter begünstigender VA sein. Das OVG geht jedoch von der irrigen Voraussetzung aus, nur gestaltende, nicht aber feststellende VAe könnten begünstigend wirken.

84) Vgl. Schoen, Verwaltungsrechtl. Abhandlungen, S. 127; Kormann, S. 341; v. Turegg, S. 128; Wolff, VerR I, S. 292.

85) Vgl. Entwurf württ. VRO, S. 77. 85a) S. 141.

VA zugleich die Bedeutung hat, die Höchstgrenze der Belastung anzugeben[86]. Ein VA, der eine derartige Begrenzung enthält, begünstigt nämlich den Adressaten zugleich auch durch die negative Feststellung, daß über die vorgenommene Belastung nicht hinausgegangen werden soll.

So ist beispielsweise im Steuerrecht § 94 AO, in dem die Rücknahme bestimmter Bescheide geregelt ist, auch auf die Nachforderung von Steuern anwendbar. § 94 II Ziff. 2 AO stellt damit eine Ausnahme gegenüber § 223 AO dar[87]. Der Steuerbescheid stellt daher immer zugleich auch fest, daß nur die geforderte und keine höhere Summe zu leisten ist.

Freilich haben nun keineswegs alle belastenden VAe eine solche negativ begünstigende Bedeutung. Wann dies im einzelnen der Fall ist, läßt sich nur nach Inhalt und Zweck der betreffenden Regelung entscheiden. Dabei wird auch darauf abzustellen sein, ob die zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften die Rechtsfolgen abschließend regeln sollen oder nicht. Im Polizeirecht wird man beispielsweise davon ausgehen können, daß die Polizeibehörde an Stelle der einen Maßnahme zur Beseitigung einer Gefahr ohne weiteres eine andere, einschneidendere anordnen kann, wenn sich herausstellt, daß die erste nicht ausreichend ist[87a].

Begünstigende VAe ergehen in der Regel auf Antrag[88]. Wird einem Antrag auf Gewährung einer Leistung nur zum Teil entsprochen, so ist der ergehende VA dennoch in Höhe des zuerkannten Teils begünstigend[88a], soweit die Leistung abgelehnt wird, belastend.

4. Begünstigende VAe, die gleichzeitig eine Belastung für Dritte enthalten

Der begünstigende oder belastende Charakter eines VAs kann verhältnismäßig leicht festgestellt werden, soweit sich dieser gegen einen bestimmten Adressaten wendet. Vielfach ergeben sich aber aus einem VA auch für Dritte günstige oder ungünstige Auswirkungen. Für die Rücknehmbarkeit ist nun insbesondere von Bedeutung, ob ein VA, der den unmittelbaren Adressaten belastet, für einen anderen zugleich eine echte Begünstigung enthält oder auch umgekehrt. Nur in diesem Fall liegt ein sogenannter VA mit Doppelwirkung vor[89]. Dabei können bloß mittelbare, sich gewissermaßen als Reflex aus dem belastenden VA für Dritte ergebende Vorteile nicht als echte Begünstigung angesehen werden. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Belastung des

---

86) Vgl. Jellinek, AÖR NF 21, 26. 87) Kühn, AO, S. 223.
87a) Vgl. Schoen, Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, S. 127.
88) Wolff, S. 255. 88a) Schäfer, Widerruf, S. 4.
89) Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 139 ff.

einen gerade im Interesse des anderen erfolgt ist oder ob lediglich öffentliche Interessen im Spiel sind[90]. Wird beispielsweise der Antrag eines Bewerbers auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis abgelehnt, so ist diese Ablehnung für den Inhaber eines Konkurrenzbetriebs zwar vorteilhaft, stellt für ihn aber keinen begünstigenden VA dar. Sein tatsächliches Interesse an der Ablehnung wird rechtlich nicht geschützt. Der Vorteil, keine Kunden an den neuen Konkurrenten zu verlieren, tritt lediglich als unbeabsichtigte Nebenfolge der Ablehnung ein und stellt daher keine Begünstigung dar. Die Rücknahme der Versagung und nachträgliche Erteilung der Erlaubnis ist nicht an die Beschränkungen für die Rücknahme begünstigender VAe gebunden.

Einen nur mittelbaren Vorteil bringt beispielsweise auch der ablehnende Bescheid der Preisbehörde über eine Mieterhöhung für den Mieter mit sich. Wie das BVerwG[91] zu diesem Fall ausführt, hat der ablehnende VA "lediglich diese Ablehnung zum Ziele", während die Rechtsstellung des Mieters, der nach wie vor die alte Miete zu zahlen hat, keine Änderung erfahre.

In beiden Fällen hatte der VA nur einen tatsächlichen Vorteil, nicht eine Verbesserung der rechtlichen Position zur Folge. Es fehlt daher an einer echten Begünstigung.

5. Begünstigende Natur feststellender VAe

Von einiger Bedeutung ist schließlich noch die Frage, ob neben den gestaltenden (konstitutiven)[92] auch die feststellenden (deklaratorischen)[93] VAe begünstigende Wirkung haben können. Forsthoff rechnet zur ersten Gruppe alle VAe, "die eine konkrete Rechtslage oder ein konkretes Rechtsverhältnis begründen, abändern oder aufheben", die also "eine konkrete Verwaltungsrechtslage schaffen"[94]. Zu den gestaltenden VAen, die auch als "Verfügungen" bezeichnet werden[95], gehören vor allem die Konzessionen, Verleihungen, Ernennungen, aber auch Genehmi-

---

90) Vgl. zu der entsprechenden Frage, wann ein Eingriff in ein rechtlich geschütztes Interesse im Gegensatz zur bloßen Beeinträchtigung eines Reflexrechts vorliegt, Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Anm. 97 ff.

91) BVerwGE 1, 247 (250) m. zustimmender Anm. Bachof in JZ 57, 437; vgl. auch Schäfer, S. 4.

92) Jellinek, S. 244: "ändernde VAe".

93) Kormann, System, S. 65: "rechtsbestimmende VAe".

94) Forsthoff, S. 193; vgl. auch Wolff, S. 253; Peters, S. 152; Jellinek, S. 254; v. Turegg, S. 117.

95) Vgl. Forsthoff, S. 235; Zolles, "Die Verpflichtung der Verwaltungsbehörden zur Rücknahme von VAen", Diss. Erlangen 1956, S. 33.

gungen und Erlaubnisse[96]. Da diese VAe konstitutiv ein Mehr an Rechten oder ein Weniger an Pflichten für den Begünstigten schaffen können, ergeben sich hin sichtlich ihrer begünstigenden (oder belastenden) Natur kaum Zweifel.

Dagegen erschöpfen sich die feststellenden VAe oder "Entscheidungen"[97] in der bloßen Rechtsanwendung. Sie sagen nur, was auf Grund einer positiven Norm schon Rechtens ist[98]. So wird - um ein Beispiel zu nennen - bei den praktisch s bedeutsamen Bescheiden über Leistungen der öffentlichen Hand im Sozial- und Beamtenrecht in der Mehrzahl der Fälle der Anspruch nicht konstitutiv zuerkann er ergibt sich vielmehr bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zwingend aus den gesetzlichen Vorschriften. Der Auszahlung der zu beanspruchenden Leistungen ist allerdings ein behördliches Verfahren vorgeschaltet, in dem die Voraussetzungen geprüft werden und bei Vorliegen derselben der Anspruch nach Grund und Höhe "festgesetzt" wird[99].

Im Hinblick darauf, daß derartige feststellende VAe dem Empfänger eigentli materiell nichts gewähren, auf was er nicht schon kraft Gesetzes einen Anspruch hätte, wird verschiedentlich davon ausgegangen, nur gestaltende VAe könnten b günstigende Wirkung haben[100]. Der feststellende VA wird lediglich als formale Mitteilung über die Rechtslage, wie sie sich nach Auffassung der Behörde darstel angesehen. Stimmt die "Feststellung" mit der wahren Rechtslage nicht überein, wäre der VA nicht im materiellen Sinne fehlerhaft, sondern nur unrichtig. Seine Abänderung würde keine materielle Rücknahme, sondern eine bloße "Berichtigu darstellen [101]. Strickstrock [102] spricht sogar den Bau- und Gewerbeerlaubnisse die sonst allgemein zu den gestaltenden VAen gerechnet werden, eine begünsti-

---

96) Forsthoff, S. 235; Wolff, S. 253; a.A. hinsichtlich der Erlaubnisse ist Strickstr in Festschrift für W. Apelt, S. 232.

97) S. Fußnote 95, Art. 61 württ. EVRO verwendet die Bezeichnungen "Verfügung" und "Entscheidung" nicht in diesem Sinne. Vgl. Begründung S. 208.

98) Vgl. Haffner: "Sind feststellende VAe mit Art. 92 des GG vereinbar?" Diss. Erlangen 1954, S. 58.

99) Vgl. z.B. einerseits die §§ 1 ff BVG, in denen der Anspruch normiert ist un andererseits die §§ 22 ff des Ges. über das Verwaltungsverfahren i.d. Kriegsopferversorgung v. 2.5.55 (BGBl. I S. 202).

100) So insbes. Plog, RiA 59, 337 ff hinsichtlich der Pensionsfestsetzungsbescheid Vgl. auch Bursche-Wootke, Bundesbesoldungsrecht, 1955, S. 269 Anm. 19; Sommer, DÖV 54, 745. Ferner OVG Rh.-Pf. ZBR 54, 186 (187); ZBR 57, 13 (141); VGH Stuttgart, VRspr. 8, 308 (312); OVG Münster DVBl. 58, 471; BGH MDR 59, 285 (286).

101) So ausdrücklich OVG Münster DVBl. 58, 471; vgl. dazu Menger, Verw. Arch 50, 88.

102) Festschrift für W. Apelt 1958, S. 231, 240 f.

gende Wirkung "im echten Sinne" ab, da der Begünstigte ja nur das bekomme, was ihm ohnehin schon zustehe; es könne sich daher höchstens um "unechte" Begünstigungen handeln.

Diese Betrachtungsweise wird indessen dem Wesen des begünstigenden VAs wie auch der Bedeutung der feststellenden VAe nicht gerecht. Tietgen weist mit Recht darauf hin, daß der Begriff des begünstigenden VAs nicht so eng gefaßt werden kann und sich feststellende und begünstigende VAe nicht ausschließen[103]. Auch der lediglich gesetzesvollziehende VA wirkt insofern begünstigend, als er "die Rechtsstellung des Betroffenen konkretisierend zu festigen bestimmt ist"[104]. Ebenso vertritt Menger den Standpunkt, die Frage der Begünstigung könne nicht davon abhängig gemacht werden, ob der betreffende VA rechtsgestaltenden Charakter besitze[105]. Wenn auch die Rechtsstellung des Empfängers eines nur feststellenden VAs materiell nicht erweitert wird, so tritt mit der Konkretisierung seiner Ansprüche doch eine nicht zu unterschätzende formelle Besserstellung ein, die als Begünstigung anerkannt werden muß[106]. Der Bescheid über die Feststellung eines Anspruchs unter Anwendung zwingender Normen ist keine nur unverbindliche Mitteilung an den Berechtigten[107], die jederzeit berichtigt werden könnte, sondern stellt einen echten begünstigenden VA dar, der nur nach den allgemeinen Regeln zurückgenommen werden kann[108]. Dies wird durch die Überlegung bestätigt, daß sonst auch im umgekehrten Fall konsequenterweise eine Feststellung zuungunsten des Adressaten nicht als belastender VA gewertet werden könnte[109]. Der begünstigende Charakter feststellender VAe wird deshalb auch in der Rechtsprechung weitgehend anerkannt[110]. Im übrigen geht offenbar auch der Gesetzgeber davon aus, daß feststellende VAe begünstigende Wirkung haben können, wenn er beispielsweise in § 41 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung vom 2.5.1955 (BGBl. I, S. 202) die Abänderbarkeit von Versorgungsbescheiden einschränkt.

---

103) DVBl. 58, 472.

104) Vgl. Bachof, JZ 57, 437; Piechulek, JR 57, 248 sieht hierin sogar eine Gestaltungswirkung.

105) Verw. Arch. 50, 88 f.

106) Vgl. auch Haueisen, NJW 58, 442 unter 4. Zweifelnd Hoffmann, BayVBl. 57, 165.

107) Vgl. BVerwGE 8, 261 (265) = DVBl. 59, 626 (628) hinsichtlich beamtenrechtl. Versorgungsbezüge. Andernfalls wäre die VA-Qualität überhaupt in Frage gestellt.

108) Vgl. Menger, Verw. Arch. 50, 88; Haueisen, DVBl. 60, 916 ff.

109) Vgl. Bay. VGH VRspr. 11, 450 (452).

110) Bay. VGH BayVBl. 57, 163; VRspr. 11, 450; BVerwGE 8, 261 (267 f) = DVBl. 59,

V. BEGRIFF DES FEHLERHAFTEN VAS

1. Allgemeines zur Rechtswidrigkeit von VAen

Die Frage, ob ein VA fehlerhaft oder - was gleichbedeutend ist[111] - rechtswidrig ist, hat nicht nur für die Rücknehmbarkeit Bedeutung, sondern taucht etwa auch als Vorfrage in Amtshaftungs-, Entschädigungs- und Aufopferungsprozessen auf[112]. Sie stellt eine Kernfrage jedes Anfechtungsverfahrens dar[113]. Es kann - dies sei voraus bemerkt - in diesem Rahmen nicht unsere Aufgabe sein, die verschiedenen Fehlerarten und Fehlertypen systematisch im einzelnen darzustellen. Nur einige grundsätzliche Punkte, die für die Rücknahmefrage von Bedeutung sind sollen herausgestellt werden. Ein Blick in Lehre und Rechtsprechung zeigt, daß gerade in dieser Hinsicht noch Mißverständnisse und Unklarheiten herrschen.

Geht man vom Wortsinn aus, so bedeutet "rechtswidrig" einfach: dem Rechte widersprechend. Nach der Definition von Hippels[114] ist ein Staatsakt fehlerhaft, "wenn er der Norm irgendwie nicht entspricht, die angibt, wie die in Frage kommende Handlung in concreto an sich beschaffen sein müßte, um als Staatsakt bestimmter Art zu erscheinen". Die mangelnde Übereinstimmung von Norm und VA kann sowohl eine solche zwischen rechtssatzmäßigem Tatbestand und tatsächlichen Voraussetzungen sein wie auch darauf beruhen, daß die Behörde eine der Norm nicht entsprechende Rechtsfolge zieht. Der Maßstab, an dem der VA zu messen ist, um seine Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit festzustellen, ist sowohl das Gesetz wie auch andere geschriebene oder ungeschriebene Rechtsnormen. Darüber hinaus macht auch die Nichtbeachtung der Gesetzlichkeiten der Vernunft, der Logik, der Natur usw. einen VA rechtswidrig[115].

Für die Frage der sachlichen Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung des VAs mit der Rechtsordnung ist allein die eigentliche "Regelung", die durch den VA getroffen wird, dessen "Verfügungssatz" maßgebend[116]. Eine fehlerhafte Begründung[117] führt nicht zur Rechtswidrigkeit, wenn die Rechtsfolge mit anderer Begründung gerechtfertigt ist[118].

Die Rechtswidrigkeit eines VAs kann ferner sowohl auf inhaltlichen Mängeln

---

626 (629); BVerwGE 9, 251 (253) = DVBl. 60, 138.

111) Vgl. Wolff, VerwR I, S. 269. Siehe auch Fußn. 47, S. 7.

112) Haueisen, NJW 60, 1881.

113) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Anm. 102.

114) Untersuchungen z. fehlerhaften Staatsakt, S. 3.

115) Forsthoff, S. 203.

116) Vgl. Schütz, DÖV 58, 448 ff.

117) Anders u. U. dann, wenn eine Begründung überhaupt fehlt.

118) Vgl. BSGE 7, 8 ff (12 f).

ie auf Fehlern beim Zustandekommen beruhen[119]. Sie kann also durch Ver-tzung materiellen oder formellen Rechts hervorgerufen werden[120]. Allerdings ewirken Verstöße gegen formelle Vorschriften nicht in allen Fällen die Rechts-idrigkeit eines VAs[121].

Unerheblich für die Frage der Fehlerhaftigkeit eines VAs ist, ob sie durch die erwaltung selbst oder durch falsche Angaben des Adressaten verursacht oder ver-huldet ist[122].

2. Der Begriff des rechtswidrigen VAs im Rücknahmerecht

Da die Rechtsordnung eine einheitliche ist, kann auch der Begriff der Rechts-idrigkeit nicht für VAe oder gar nur hinsichtlich der Rücknehmbarkeit ein beson-erer sein. Wir haben bereits früher festgestellt, daß es nicht angeht, den Be-riff der Fehlerhaftigkeit von der Folge her zu bestimmen, die einem bestimmten fangel zu geben ist[123]. Man kann also nicht etwa die Voraussetzungen, unter enen ein VA rechtswidrig ist, danach festlegen, ob dieser VA zurückgenommen erden kann, da man sonst Gefahr läuft, sich im Kreise zu bewegen. Die erste rage ist vielmehr von der weiteren der Rücknehmbarkeit scharf zu trennen.

Gleichwohl ist festzustellen, daß eine "Einengung" des Begriffs der Rechtswi-rigkeit unter dem Gesichtspunkt der Rücknahme in Lehre und Rechtsprechung zum eil vorgenommen wird[124]. So wird verschiedentlich betont, ein VA sei nur dann echtswidrig, wenn er gegen "zwingende" Rechtsnormen verstoße[125]. "Zwingend" der "gebietend" ist eine Rechtsnorm nach einem vielzitierten Urteil des VGH ünchen[126] dann, wenn sie "strikt, keine Ausnahme zulassend und kein freies rmessen einräumend den Tatbestand bestimmt, der für die Entstehung von Rech-n und Pflichten maßgebend ist". Diese Kennzeichnung des Begriffs der Rechts-idrigkeit als Verstoß gegen zwingende Rechtsnormen ist zumindest mißverständ-ch. Es kann nämlich nicht zweifelhaft sein, daß auch bei der Anwendung von

---

19) Forsthoff, S. 210.

120) Vgl. Haueisen, NJW 60, 1883, Fußn. 27.

21) Vgl. Haueisen, a.a.O. Außer den dort genannten Fällen etwa auch die fehlende oder fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung, die lediglich verhindert, daß die Rechtsbehelfsfristen zu laufen beginnen.

22) Haueisen, NJW 60, 1884.

123) Siehe S. 6 f.

24) Vgl. Haueisen, NJW 60, 1881 f; Schäfer, S. 33 f.

25) Vgl. BVerwGE 6, 1(5) = DVBl. 58, 56(59); ihm folgend OVG Hamburg DVBl. 59, 147; VGH Stuttgart VRspr. 10, 662.

26) VGH 4, 203 ff; vgl. auch schon pr. OVGE 24, 350 f. Zum Begriff der zwingenden Rechtsnorm siehe auch Erning, DVBl 60, 188; OVG Berlin ES Bd. 5, 1; zu eng Dickmann, DÖV 57, 283.

Normen, die der Verwaltung ein Ermessen[127] einräumen, der auf Grund einer chen Norm erlassene VA dann rechtswidrig ist, wenn das Ermessen fehlerhaft ge braucht wurde[128], wenn also entweder die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten wurden, oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächti gung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist[129]. Für die Ent scheidung, daß ein VA nicht rechtswidrig ist, genügt also nicht schon der Umsta daß er in Anwendung einer Ermessensnorm erging, es muß vielmehr außerdem g prüft werden, ob kein Ermessensfehler vorliegt. Richtig ist lediglich, daß ein in haltlich unzweckmäßiger VA, der aber von der Ermessensnorm gedeckt wird und dessen Erlaß der Behörde kein Ermessensfehler unterlaufen ist, nicht rechtswidrig Es liegt in diesem Falle aber auch kein eigentlicher "Verstoß" gegen eine Ermes sensnorm vor. Ermessensvorschriften sind nur insoweit "zwingendes Recht", als d Ermessen nicht überschritten oder fehlerhaft gebraucht werden darf. In verschied nen Entscheidungen wird dementsprechend auch ausdrücklich betont, daß Ermess fehler ebenso zur Rechtswidrigkeit eines VAs führen, wie Verstöße gegen gebiete Rechtsnormen[130].

Eine noch weitergehende Einschränkung des Begriffs der Rechtswidrigkeit nim das OVG Berlin vor[131], wenn es einen VA nur dann als "gesetzwidrig" ansieht, er "offensichtlich gegen eine eindeutige Gesetzesbestimmung verstößt". Auf der selben Linie liegt eine Entscheidung des BVerwG[132], nach der ein Verstoß gege eine gebietende Rechtsnorm nicht gegeben sei, wenn sich lediglich die Rechtsan schauung gewandelt habe, sich die Behörde später eine abweichende Auslegung ner gesetzlichen Vorschrift zu eigen gemacht oder den Sachverhalt später abwei chend gewürdigt habe. Auch die Entscheidung des BVerwG vom 27.2.59[133] form liert recht unklar, indem sie im Falle eines Irrtums der Behörde über tatsächlich Voraussetzungen einen VA nur dann als rechtswidrig ansieht, wenn die wirklich g

---

127) I.S. Bachofs, JZ 55, 97 ff, Ules, Gedächtnisschrift für Jellinek, S.309 ff, Mengers u.a.

128) S. Wolff, S.144 und 277; Klinger, VwGO, § 42 Anm. C 2a; gegen die Formel, Rechtswidrigkeit sei Verstoß gegen zwingende Rechtsnormen auch schon Scho Festgabe OVG, S.119.

129) Vgl. § 114 VwGO und Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114 Anm. 2.

130) Vgl. VG Freiburg DÖV 50, 187; VGH Karlsruhe DÖV 49, 175 (176). Vgl. au die Entscheidung des Pr. OVG Bd. 40, 377 ff, wo die Behörde irrtümlich dav ausging, sie sei zur Erteilung einer Genehmigung verpflichtet, während in Wirklichkeit ein Ermessenstatbestand vorlag.

131) NJW 57, 1775.

132) BVerwGE 8, 192. Vgl. aber neuerdings BVerwGE 13, 28 = NJW 62, 360.

133) NJW 60, 63 f = BVerwGE 8, 192. Dagegen Haueisen, NJW 59, 2139 Fußnote 23.

gebenen Tatsachen die von der Behörde gezogene Rechtsfolge "unter keinen Umständen" rechtfertigen. Soweit in diesen Entscheidungen die Rechtswidrigkeit eines VAs von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die über den objektiven Normverstoß hinausgehen, wie etwa der "Offensichtlichkeit" des Verstoßes, kann ihnen nicht gefolgt werden[134]. Ein VA, der objektiv gegen eine gesetzliche Vorschrift verstößt, ist in jedem Falle rechtswidrig, auch dann, wenn dies nicht ohne weiteres zu erkennen ist, etwa weil die Vorschrift auslegungsbedürftig ist. Auch bei mehrdeutigen Gesetzesvorschriften ist in der Regel nur e i n e Auslegung objektiv richtig. Wird dem VA eine andere Auslegung zugrunde gelegt, so ist er rechtswidrig[135]. Ausnahmen ergeben sich nur, wenn der Behörde bei der Anwendung sogenannter unbestimmter Rechtsbegriffe ein gewisser Beurteilungsspielraum gegeben ist[136]. Unter dieser Voraussetzung können ausnahmsweise bei der Subsumption im konkreten Fall auch mehrere Möglichkeiten dem Gesetz entsprechen.

Grundsätzlich führt auch eine Änderung der Rechtsanschauung dazu, daß die auf der früheren Auffassung beruhenden VAe als von vornherein rechtswidrig anzusehen sind. Die Wandlung einer Rechtsauffassung bedeutet ja - soweit nicht Gewohnheitsrecht in Frage steht - keine Rechtsänderung, sondern ist lediglich Folge der Erkenntnis, daß die bisherige Anschauung falsch war.

Das BSG betont daher zu Recht[137], daß es für die Frage der Rechtswidrigkeit lediglich auf die wirkliche Rechtslage ankomme, für deren Ermittlung alle Erkenntnisse zur Zeit der Entscheidung heranzuziehen seien.

Wie die vorgenannten Entscheidungen, die sämtlich Rücknahmefälle betreffen, erkennen lassen, soll durch die Modifikation des Begriffs des fehlerhaften VAs im Grunde eine Einschränkung der Rücknehmbarkeit erreicht werden, ohne daß das Dogma aufgegeben werden soll, fehlerhafte VAe seien in jedem Fall rücknehmbar. Die Frage, wann ein VA rechtswidrig ist, muß aber scharf getrennt werden von der weiteren, ob auch jegliche Fehlerhaftigkeit zur Rücknahme berechtigt. Es läßt sich immerhin vertreten, die Rücknehmbarkeit eines fehlerhaften VAs auf die Fälle zu beschränken, in denen der Rechtsverstoß offensichtlich ist, es geht aber nicht

---

134) Vgl. Haueisen, NJW 59, 2139 Fußn. 23: "Der Begriff des rechtswidrigen VAs läßt keinerlei Modifikationen zu". Siehe auch Menger, Verw. Arch. 51(1960), S. 156.

135) Vgl. zum ganzen Problem Haueisen, NJW 60, 1881 u. NJW 62, 335 f.

136) Vgl. insbes. Bachof, JZ 55, 97 ff (99, 101), ferner Jesch, AÖR NF 43 (1957), 163 ff; Wolff, S. 138 f; BVerwG JZ 58, 258 mit Anmerkung Bachof.

137) NJW 59, 1607; vgl. auch Haueisen, NJW 58, 643; OKK 59, 386; NJW 62, 335.

an, eine derartige Beschränkung der Rücknehmbarkeit durch Einengung des Rechtswidrigkeitsbegriffs erreichen zu wollen. Korrekt in diesem Sinne ist beispielsweise eine Formulierung des OVG Hamburg[138]: "Eine Gesetzwidrigkeit bildet aber hiernach nur einen Widerrufsgrund, wenn es sich um die Verletzung zwingender Rechtsvorschriften handelt". Bemerkenswerterweise sagt z.B. auch die schon erwähnte Entscheidung des Bay. VGH vom 8.11.51[139] keineswegs, ein VA sei nur dann rechtswidrig, "wenn er sachlich im Widerspruch mit einer gebietenden Rechtsvorschrift ergangen ist"[140], sondern bringt lediglich zum Ausdruck, daß eine Rücknahme nur unter diesen Voraussetzungen möglich sei. Auch der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (EVRO), auf den sich diese Formulierung bezieht, regelt lediglich die Widerrufs- bzw. Rücknahmevoraussetzungen[141], nicht aber die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit eines VAs. Auch verschiedene andere Gerichte schränken in ähnlicher Weise wie das OVG Hamburg die Rücknehmbarkeit von VAen ein, ohne damit zugleich den Begriff der Rechtswidrigkeit einzuengen[142].

3. Die Rechtswidrigkeit begünstigender VAe

Besonderer Erörterung bedarf noch die Frage, welcher Art die Nichtübereinstimmung von Rechtsnorm und VA sein muß, um beim begünstigenden VA Rechtswidrigkeit herbeizuführen.

Wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist ein belastender VA sowohl rechtswidrig, wenn er gegen ausdrückliche gesetzliche Verbote verstößt, wie auch schon dann, wenn er ohne Rechtsgrundlage ergeht. Begünstigende VAe werden nun nur ganz selten ausdrücklichen Verbotsnormen widersprechen. In der Regel werden sie lediglich "extra legem vel mandatum" ergehen[143], d.h. sie werden außerhalb oder ohne gesetzliche Grundlage erlassen. Da die Erörterung der Frage, inwieweit der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch auf begünstigende VAe Anwendung findet, einem späteren Abschnitt vorbehalten ist[144], sei vorweg nur folgendes festgestellt:

Sind die Voraussetzungen, unter denen eine bestimmte Begünstigung gewährt werden darf, gesetzlich abschließend geregelt, so ist ein begünstigender VA, der dieser Regelung widerspricht, also eine andere als die gesetzlich vorgesehene Be-

---

138) VRspr. 3, 579.
139) VRspr. 4, 144.
140) So aber Haueisen, NJW 60, 1881.
141) Begründung S. 298.
142) Vgl. OVG Lünebg. DVBl. 56, 24; VGH München BayVBl. 58, 185. Siehe auch Sommer, DÖV 54, 717.
143) Dickmann, DÖV 57, 278 (282).
144) Vgl. die Ausführungen S. 57 ff.

günstigung zuspricht oder die gesetzliche Begünstigung gewährt, obwohl die Voraussetzungen nicht vorliegen, jedenfalls rechtswidrig. Bei VAen über Begünstigungen, für die eine gesetzliche Regelung überhaupt fehlt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Rechtsgrundlage wenigstens in allgemeinen Rechts-, insbesondere Verfassungsgrundsätzen zu finden ist und ob nicht der Gleichheitsgrundsatz verletzt wurde [145].

Zu Rechtsverletzungen der genannten Art kann es entweder dadurch kommen, daß die Behörde zwar die tatsächlichen Verhältnisse richtig erkannt aber das Gesetz falsch angewendet hat oder aber irrtümlich von einer nicht zutreffenden Sachlage ausgegangen ist[146]. Es ist auch an den - allerdings wohl seltenen - Fall zu denken, daß die Behörde einem Bürger bewußt eine Begünstigung gewährt, obwohl sie diese nach der Rechtsordnung nicht hätte gewähren dürfen.

4. Insbesondere Ermessensentscheidungen

Bei Ermessensentscheidungen ist zu beachten, daß auch bloße Verwaltungsanordnungen unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes[147] gesetzesähnliche Wirkungen haben können. Es ist allgemein anerkannt, daß infolge dauernder Befolgung von Verwaltungsanordnungen das Ermessen gebunden werden kann und ein Abweichen von der geübten Praxis zuungunsten des Bürgers nur unter besonderen Umständen möglich ist[148]. Das gleiche gilt aber auch für ein Abweichen zugunsten eines einzelnen Staatsbürgers. Das BVerwG erkennt zu Recht an, daß der Gleichheitssatz sich ebenso auch zu Lasten des Einzelnen auswirken kann[149]. Es hat im betreffenden Fall einen begünstigenden VA, der im Widerspruch zu einer Verwaltungsanordnung erlassen wurde, für rechtswidrig erklärt, weil "jeder Einzelfall genauso behandelt werden muß, wie jeder andere gleichgelagerte Fall"[150]. Da der Gleichheitssatz nicht nur die Benachteiligung Einzelner, sondern auch eine ungerechtfertigte Bevorzugung verbietet, ist der Auffassung des BVerwG zuzustimmen[151].

5. Teilweise Rechtswidrigkeit

Auch eine teilweise Rechtswidrigkeit eines VAs ist denkbar. Ob diese den ganzen VA ergreift, hängt davon ab, ob die Verwaltungsbehörde mutmaßlich den VA

---

145) Vgl. unten S. 59 ff. 146) Vgl. auch Schütz, DÖV 58, 449.
147) Vgl. Bachof, JZ 57, 434. 148) Dazu Wolff, S. 145.
149) BVerwG JZ 56, 33 ff mit Anmerkung Bachof.
150) BVerwG a.a.O.
151) Vgl. Haueisen, NJW 60, 1883.

auch ohne den fehlerhaften Teil erlassen haben würde. Ein dem § 139 BGB entsprechender Rechtsgrundsatz gilt auch für diese Fälle[152]. Begünstigende VAe, Leistungen der öffentlichen Hand zum Inhalt haben, werden häufig nur im Ausm der Leistung über das hinausgehen, was vom Gesetz noch gedeckt wird. Sie sind dann nur teilweise rechtswidrig, nämlich insoweit, als sie über das gesetzlich g regelte Maß hinausgehen.

Das gleiche gilt, wenn sachlich mehrere Regelungen in einem VA zusamme gefaßt werden. Die Rechtswidrigkeit einer Regelung ergreift dann im Zweifel ni auch die übrigen.

6. Die Folgen der Fehlerhaftigkeit eines VAs

Es entspricht allgemein herrschender Anschauung, daß auch der fehlerhafte V im Zweifel als gültig anzusehen ist[153]. Nur unter besonderen Voraussetzungen führt ein Fehler auch zur völligen Unbeachtlichkeit eines VAs. Diese nichtigen VAe gelten als "rechtlich nicht vorhanden" [154], sie können die sich zugelegte Rechtswirkungen nicht erzeugen und brauchen von niemandem beachtet zu werd

Seit eh und je ist es nun eine der umstrittensten Fragen des öffentlichen Rech nach welchen Gesichtspunkten die nichtigen von den übrigen fehlerhaften VAen abzugrenzen sind. Es ist auch versucht worden, die Voraussetzungen, unter dene ein VA nichtig ist, im einzelnen aufzuzählen und systematisch zu ordnen[155], je doch mit zweifelhaftem Erfolg. Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, in die äußerst schwierigen Fragen der Nichtigkeitslehre einzudringen. Nur die wichtigsten Gesichtspunkte, nach denen die Abgrenzung vorgenommen wird, sollen hie angedeutet werden[156].

Allgemein wird auf die Schwere des Fehlers abgestellt. Schwere Fehler führe zur Nichtigkeit, leichtere nur zu Fehlerhaftigkeit, ohne daß die Wirksamkeit de VAs betroffen wird. Damit ist allerdings noch nicht viel gewonnen, da gerade di Entscheidung der Frage, wann ein Fehler schwer und wann er leichter ist, das entscheidende Problem darstellt[157]. Forsthoff[158] und v. Hippel[159] gehen dabei

---

152) Forsthoff, S. 230. A.A. Wolf, S. 280.

153) Forsthoff, S. 206; Wolff, S. 263, 277; Peters, S. 165; Jellinek, S. 268; Bender, S. 104 u.v.a.

154) Vgl. EVRO Art. 78 Abs. 1; Begründung S. 251.

155) So z.B. in Art. 74 - 81 EVRO.

156) Vgl. die Darstellung der Theorien bei Bender, S. 104 ff.

157) Siehe die Kritik v. Hippels, Fehlerhafter Staatsakt, S. 41 ff, an der mit einer petitio prinzipii arbeitenden logischen Methode.

158) S. 208 ff.

159) a.a.O.

nach der teleologischen Methode vor, während Huber[160] nach funktionellen und institutionellen Gesichtspunkten unterscheidet. Im Vordringen begriffen ist die sogenannte Evidenztheorie, die auf die Offenkundigkeit des Fehlers abstellt[161]. Ein VA ist danach nichtig, wenn er "den Mißbrauch der Organisationsgewalt gewissermaßen auf der Stirn trägt"[162]. In diesem Zusammenhang wird insbesondere dem Rechtswert der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz entscheidende Bedeutung beigemessen[163]. Einerseits erfordere es die Gerechtigkeit, daß dem Recht widersprechende Akte nicht beachtet werden. Andererseits sei es aber im Interesse der Rechtssicherheit gelegen, daß VAe, die ja eine Bekundung der Staatsautorität seien[164], so lange als voll wirksam angesehen werden dürfen, bis sie ausdrücklich beseitigt werden. Der Einzelne muß auch darauf vertrauen können, daß ein von der Verwaltung erlassener Akt dem Rechte entspricht. Ein solches Vertrauen ist aber dort nicht zu erwarten und nicht schutzwürdig, wo der Mangel offenkundig ist. In diesem Falle tritt daher die Nichtigkeitsfolge ein[165].

---

160) Wirtschaftsverwaltungsrecht II §§ 107 - 110.

161) Hatschek, S. 102; Bachof, SJZ 50, 488; Ule, DVBl. 60, 611.

162) Hatschek, S. 102.

163) Siehe Bender, S. 105.

164) Forsthoff, S. 206.

165) Vgl. Bender, S. 106. Daneben könne auch noch die Schwere des Mangels bedeutsam sein.

2. Kapitel

Die Rücknahme fehlerhafter VAe in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung

I. ÜBERBLICK ÜBER DIE GESETZLICHEN REGELUNGEN

1. Allgemeine gesetzliche Regelungen

Umfassende gesetzliche Regelungen der Rücknahme- oder Widerrufsgründe, d für alle oder verschiedene Arten von VAen gleichermaßen Geltung hätten, sind r in wenigen älteren Gesetzen erfolgt. Die Rechtswidrigkeit eines VAs wird als Rücknahmegrund durchweg anerkannt.

a) So bestimmt schon die Badische Vollzugsordnung zum Gesetz über die C ganisation der inneren Verwaltung von 1864[1] in § 87 unter anderem:

"Nach Ablauf der Rekursfrist ist eine Zurückziehung der Bewilligung oder Genehmigung nur wegen Unzuständigkeit oder Gewaltsüberschreitung der verfügenden Behörde oder dann zulässig, wenn die Bewilligung oder Genehmigung erschli chen oder im Widerspruch mit einer bestimmten Vorschrift eines Gesetzes oder einer Verordnung ertheilt wurde".

b) Die spätere Badische Landesherrliche Verordnung, das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend vom 31.8.1884[2] regelt die Rücknahme rechtswidriger Verfügungen und Entscheidungen in § 43:

"Die Behörde, von welcher eine Verfügung oder Entscheidung erlassen ist, ode die einer vorgesetzten höheren Behörde, kann solche abändern oder ganz aufheben, ...

2) wenn eine ertheilte Bewilligung oder Genehmigung erschlichen, im Widerspruch mit einer Vorschrift des Gesetzes oder einer Verordnung, oder unzuständigerweise ertheilt wurde; ....."

c) Die Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10.6.1926 in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.7.1930[3] enthält in den §§ 141 bis 146 eingehende Bestimmungen über die "Zurücknahme oder Änderung" von Verfügungen. Nach § 143 ist eine Zurücknahme oder Änderung zuungunsten des Beteiligten nur mögl

---

1) Großherzogl. Bad. Reg.Bl. 1864, S. 333 ff.
2) G u. VOBl. 1884, S. 385 ff.
3) GS 1930, S.123 ff.

"1. wenn sie von einer sachlich unzuständigen Behörde erteilt worden ist.
2. Wenn sie dem zur Zeit ihres Erlasses geltenden Recht widerspricht,
3. ..." usw.

d) Schließlich ist noch auf den letzten größeren Versuch einer Kodifizierung der Rücknahme- und Widerrufsvoraussetzungen im Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg aus dem Jahre 1931 hinzuweisen[4]. Der für die Rücknahme begünstigender VAe maßgebende Art. 88 läßt eine Zurücknahme oder Einschränkung u.a. auch zu, "wenn der VA sachlich im Widerspruch mit einer gebietenden Rechtsvorschrift ergangen ist". Der Entwurf einer VRO fußt dabei auf der Badischen VO von 1884, der RAO § 78 und der Thür. LVO von 1926[5].

e) Bei allen genannten Regelungen fällt auf, daß der Widerspruch mit bestehendem Recht jeweils n e b e n Mängeln des Zustandekommens als Rücknahmegrund genannt wird, obwohl doch auch letztere in der Regel einen Verstoß gegen bestehendes Recht darstellen. Das ist damit zu erklären, daß die betreffenden Formulierungen (Widerspruch mit bestehendem Recht o.ä.) nur die i n h a l t l i c h e Rechtswidrigkeit eines VAs erfassen sollen[6]. Fehler des Zustandekommens, die zur Rücknahme berechtigen, werden daneben enumerativ aufgezählt.

2. Gesetzliche Regelungen auf Sondergebieten

Über die genannten allgemeinen Kodifikationen hinaus bestanden früher und bestehen auch heute noch zahlreiche Normierungen der Rücknehmbarkeit bestimmter Arten von VAen auf besonderen Rechtsgebieten. Diese stellen aber nur zum geringen Teil abschließende Regelungen dar. Soweit sie nicht abschließend sind, finden ergänzend die allgemeinen Rücknahmegrundsätze Anwendung.

Einige der wichtigsten gesetzlichen Spezialvorschriften seien im folgenden aufgeführt:

a) Auf dem Gebiet des Gewerberechts wird die Rücknahme von Erlaubnissen und Genehmigungen häufig gesetzlich geregelt. Entsprechende Bestimmungen enthalten etwa die §§ 33 Abs. 4 und 5, 53, 58 GewO., die §§ 47, 48 der VO über das Schornsteinfegerwesen, § 7 DVO zum Heilpraktikergesetz, § 8 PersBefG, § 88 GüKVerkG, § 11 FahrlehrerVO, § 6 HochfrequenzgeräteG, § 12 GaststättenG, § 14 AVO zum RechtsberatungsmißbrauchsG, § 4 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen, § 14 Abs. 8 MilchG und § 11 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

---

4) VRO für Württ., Entwurf eines Gesetzes mit Begründung 1931, Ergänzungsband 1936.
5) Vgl. Begründung S. 294.
6) Vgl. Begr. EVRO, S. 296.

Schon diese Bestimmungen auf dem Gebiet der gewerblichen Erlaubnisse und Genehmigungen zeigen hinsichtlich der Rücknehmbarkeit wegen ursprünglicher Rechtswidrigkeit ein durchaus uneinheitliches Bild. Nur in einem Teil der gereg ten Fälle wird die Rücknahme "bei nachträglichem Bekanntwerden von Tatsach die eine Versagung gerechtfertigt hätten", zugelassen[7].

b) Im Polizeirecht ist zunächst auf die in § 42 des Preußischen Polizeiver tungsgesetzes vom 1.7.1931[8] enthaltene Regelung über die Zurücknahme oder nachträgliche Einschränkung polizeilicher Erlaubnisse oder Bescheinigungen hin weisen. Die Rücknahme ist bei Widerspruch "mit bestehendem Recht" zulässig.

In neueren Polizeigesetzen finden sich entsprechende Vorschriften beispiels- weise in § 50 des Polizeiverwaltungsgesetzes von Rheinland-Pfalz, § 31 des Nie dersächsischen Gesetzes über Sicherheit und Ordnung, § 24 des Ordnungsbehörde gesetzes von Nordrhein-Westfalen und § 10 Abs. 2 des Hessischen Polizeigesetze In diesen Bestimmungen ist der Widerspruch "mit zur Zeit des Erlasses geltender Recht" als Rücknahmegrund für polizeiliche Erlaubnisse und Bescheinigungen an kannt. Sie beruhen sämtlich auf § 42 PVG, mit dem sie teilweise wörtlich über einstimmen.

In diesem Zusammenhang sei auch auf Art. 120 Abs. 3 der Württembergische Bauordnung hingewiesen, wo insbesondere der Grundsatz des Ausschlusses der Rü nahme im Falle des "Ins-Werk-setzens" niedergelgt ist.

c) Auch die sozialrechtlichen Gesetze enthalten teils abschließende, teils nicht erschöpfende Regelungen über die Rücknehmbarkeit von VAen. Eine allge meine Norm dieser Art stellt § 77 SGG dar[9], der für das gesamte Sozialrecht, soweit es der Rechtsprechung der Sozialgerichte unterfällt, Geltung besitzt. Der dort aufgestellte Grundsatz beansprucht allerdings nur subsidiäre Geltung, soweit nämlich nicht "etwas anderes durch Gesetz bestimmt ist". Das ist aber, wie das BSG entschieden hat[10], auch dann der Fall, wenn anerkannte Rechtsgrundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts die Rücknehmbarkeit abweichend regeln[11].

Für die Kriegsopferversorgung ist in den §§ 62 BVG, 24, 40,41 VwVerfG die Rücknehmbarkeit abschließend geregelt[12]. In der Arbeitslosenversicherung sind

---

7) Z.B. § 7 HeilpraktikerG, § 11 FahrlehrerVO, § 12 GaststG u.a.

8) GS 1931, S.77 ff.

9) § 77 SGG: "Wird der gegen einen Verwaltungsakt gegebene Rechtsbehelf nich oder erfolglos eingelegt, so ist der Verwaltungsakt für die Beteiligten in der S che bindend, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist."

10) BSGE 7, 51 (52 f). Anders noch Haueisen, OKK 56, 189 f. Vgl. aber jetzt DVBl. 59, 232, Fußnote 52.

11) Siehe auch § 7 I, 200, 201 BEG.

12) Vgl. hierzu insbes. Haueisen, NJW 59, 701; DVBl. 59, 232 f.

insbesondere die §§ 185 AVAVG, 1286 RVO und 63 AVG maßgebend. Weitere Bestimmungen über die Rücknahme und den Widerruf von VAen finden sich in den §§ 619, 1300 RVO, 79 AVG, 93 RKnG[13] sowie § 18 BVFG n.F.

d) Im Steuerrecht enthalten die §§ 92 bis 94 AO, sowie § 222 AO für Bescheide, die im Veranlagungsverfahren ergangen sind, bedeutsame Rücknahme- und Widerrufsbestimmungen.

e) Schließlich sei noch für das Beamtenrecht auf die §§ 12, 32 I BBG sowie auf entsprechende Bestimmungen in den Landesbeamtengesetzen hingewiesen[14].

II. ÜBERBLICK ÜBER ENTWICKLUNG UND STAND DER RECHTSLEHRE

Die Rechtswidrigkeit eines VAs wurde in der früheren Rechtslehre allgemein als allein ausreichender Grund für die Rücknahme angesehen; zumindest, soweit es sich um einen sachlichen Widerspruch zu gebietenden Rechtsvorschriften handelte. So erkennen aus der älteren Literatur etwa Otto Mayer[15], Hatscheck-Kurtzig[16], Kormann[17], Neuhäuser[18], Herrnritt[19] und - mit gewissen Einschränkungen[20] - auch Jellinek[21] die Zulässigkeit der Rücknahme von VAen wegen Rechtswidrigkeit an. Die Rücknahme wird noch zumeist als Gegenstück zur Anfechtung des VAs durch den Bürger angesehen und demzufolge teilweise auch von einer "Selbstanfechtung"[22] durch die Behörde oder vom "Widerruf kraft Anfechtung" gesprochen[23]. Deshalb wird bei anfänglicher Rechtswidrigkeit auch meist eine Rücknahme ex tunc, d.h. mit der Folge, daß der VA als von Anfang an rechtsunwirksam angesehen werden soll, zugelassen[24]. Abweichend will allerdings Jellinek auch

---

13) Betreffen Unfallversicherung und gesetzliche Rentenversicherung.
14) Vgl. § 23 III BRRG und zum Ganzen Schäfer, S. 62 ff.
15) Bd. I, S. 255.
16) Lehrb. des deutschen u. pr. Verwaltungsrechts, S. 158 f.
17) System, S. 388 ff.
18) Erschleichung rechtsgeschäftl. VAe, 1921, S. 27 f.
19) Grundlehren, S. 463.
20) Vgl. Fehlerhafter Staatsakt, S. 162 f: Auf Grund irrtümlich falscher Gesetzesauslegung erteilte VAe hält Jellinek für unwiderruflich.
21) Lehrbuch, S. 282.
22) Kormann, S. 305.
23) Kormann, S. 365.
24) Vgl. Otto Mayer, S. 253 f; Kormann, S. 329; Ipsen, Widerruf, S. 180.

bei Rechtswidrigkeit des zurückzunehmenden VAs die Rücknahme grundsätzlich nur für die Zukunft zugestehen[25], es sei denn bei Verwendung unlauterer Mittel seitens des Bürgers.

Fleiner[26] hält VAe, die erteilt wurden, ohne daß die rechtlichen Voraussetzungen sämtlich vorliegen, sogar für nichtig.

Diese Auffassungen in der älteren Literatur stützen sich im wesentlichen auf die gesetzlichen Kodifikationen der Badischen VO von 1884, die Thür. LVO von 1926 oder § 42 des preuß. PVG.

Die Zulässigkeit der Rücknahme von VAen wegen Fehlerhaftigkeit wird als Grundsatz bis in die neuere Zeit weitgehend als selbstverständlich vertreten[27]. So wird in den Lehrbüchern von Helfritz[28], Peters[29], Koellreutter[30], Bender[31] und Drews-Wacke[32] die Geltung des Grundsatzes ohne nähere Begründung vorausgesetzt. Unterschiede ergeben sich nur hinsichtlich des zulässigen Umfangs der Rücknahme. Während nach Bender[33] und Peters[34] die Rücknahme in der Regel nur eine solche ex nunc sein darf, wobei Peters nicht einmal für den Fall unlauterer Beeinflussung der Verwaltung eine Ausnahme anerkennen will, ist etwa bei Koellreutter[35] die Rücknahme auch ex tunc zugelassen. Baring sagt[36] - seinerzeit wohl noch zu Recht - es entspreche der "schlechthin herrschenden Meinung", daß VAe bei Verstoß gegen zwingende Rechtsnormen widerrufen werden könnten. Auch Naumann[37] läßt grundsätzlich die Rücknahme "wegen erkannter Gesetzwidrigkeit" und zwar mit Wirkung ex tunc zu. Ähnlich ist auch bei Nebinger[38] der Widerspruch mit einer gebietenden Rechtsvorschrift als Rücknahmegrund - wenn auch in der Regel nur mit Wirkung ex nunc - anerkannt. Der gleichen Auffassung ist Sommer[39], der es für untragbar hält, den Vertrauensschutz im öffentlichen Recht auch auf rechtswidrige VAe auszudehnen. Wie schon früher Ipsen[40] und der EVRO[41], beruft sich Huber[42] auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der durch den Erlaß eines fehlerhaften VAs verletzt werde. Die Verwaltung habe daher jedenfalls das Recht und unter gewissen Voraussetzungen auch die Pflicht, durch

---

25) Vgl. AÖR NF 21, S. 27, wo sich Jellinek gegen Art. 91 EVRO wendet und die Zulassung einer Rücknahme ex tunc als "württembergische Eigenbrötelei" brandmarkt.

26) Institutionen, S. 204. 27) Vgl. Schäfer, S. 31 28) Verwaltungsrecht, S.
29) S. 168 f. 30) Grundfragen, S. 46.
31) Allgem. Verwaltungsrecht, S. 102, 108.
32) Allgem. Polizeirecht, S. 125. 33) a.a.O., S. 109.
34) a.a.O., S. 170. 35) a.a.O., S. 46. 36) DVBl. 53, 426.
37) DVBl. 52, 633. 38) Verwaltungsrecht, Allg. Teil, S. 28.
39) DÖV 54, 716. 40) Widerruf, S. 128.
41) Begründung, S. 298. Vgl. auch schon die Ausführungen Tezners AÖR 9, S. 357.
42) Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 730 f.

Rücknahme des VAs den gesetzmäßigen Zustand wiederherzustellen[43]. Auch Dickmann[44] hält die Verwaltungsbehörde für berechtigt und verpflichtet, "bestehendem Verwaltungsunrecht" im Rahmen des Möglichen abzuhelfen. Hat der Bürger allerdings von dem begünstigenden VA Gebrauch gemacht, und ist die Fehlerhaftigkeit des VAs von der Behörde zu vertreten, so soll die Rücknahme nur ex nunc erfolgen können[45]. Mit Nachdruck hat insbesondere Schütz[46] auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abgehoben. Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), aus der sich sowohl das Recht als auch die Pflicht zur Rücknahme fehlerhafter VAe ergäbe, gehe allen anderen Bindungen und Grundsätzen vor[47]. Auch Schütz will allerdings der Behörde bei VAen mit Dauerwirkung grundsätzlich nur die Befugnis einräumen, eine Rücknahme für die Zukunft auszusprechen. Anders sollen VAe mit einmaliger Leistung zu beurteilen sein.

Aus Gründen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wendet sich schließlich auch Forsthoff, der schon in früheren Auflagen seines Lehrbuchs die Ansicht vertreten hatte, rechtswidrige VAe könnten von der Verwaltungsbehörde jederzeit zurückgenommen werden[48], nunmehr in seiner 7. Auflage nachdrücklich gegen die Tendenz, die Rücknehmbarkeit fehlerhafter VAe einzuschränken[49]. Dies bedeute eine Preisgabe des Rechtsgrundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit eine Aufweichung des Rechtsstaats[50]. In Wahrheit gebe der Rechtsstaat sich selbst auf, wenn er nicht daran festhalte, daß die Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit eines Handelns den Vorrang vor allen sonstigen denkbaren rechtlichen Erwägungen haben müsse, wenn er insbesondere zugebe, daß es einen Vertrauensschutz contra legem geben könnte[51]. Interessant ist, daß auch Forsthoff, ähnlich wie Schütz, eine Rücknahme ex tunc gerade aus Gründen des Vertrauensschutzes für den Regelfall ausschließt[52]. Der Auffassung Forsthoffs haben sich Scheerbarth[53] und Klinger[54] angeschlossen. Auch die Ausführungen Beinhardts[55] tendieren in dieser Richtung.

---

3) Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 666.
4) DÖV 57, 278 ff (282). 45) a.a.O., S. 283. 46) DÖV 58, 449 ff.
7) a.a.O., S. 450. 48) Vgl. zuletzt 6. Aufl. 1956, S. 231.
9) S. 240 f. 50) Forsthoff, Lehrb., Vorwort S. II.
1) Forsthoff, S. 240 f. 52) S. 248 f.
3) DVBl. 60, 185 ff.
4) VwGO § 42 Anm. E IV 1 a. Klinger bezeichnet die "h.M.", nach der fehlerhafte VAe ohne weiteres zurückgenommen werden könnten, als "gerechtfertigt erscheinend". - Die Bedenken Schütz' und Forsthoffs seien "nur zu berechtigt".
5) BayVBl. 60, 240 ff. Gegen die Berücksichtigung des Vertrauensschutzes (im

Für das Schweizer Recht hat Saladin[56] die Rücknehmbarkeit von VAen eingehend untersucht. Auch er leitet aus der umfassenden Geltung des Legalitätsprinzips, entsprechend Forsthoff, grundsätzlich das Recht und die Pflicht der Verwaltungsbehörden ab, rechtswidrige VAe der Gesetzeslage anzupassen. Das Gebot der Gesetzesanwendung bedeute für die Verwaltungsbehörden nicht nur, daß sie bei ihrer Tätigkeit das Gesetz anzuwenden hätten, sondern auch, daß sie, sofern sie nachträglich die Inkongruenz ihrer Akte mit den gesetzlichen Normen feststellen, diese Inkongruenz beheben, ihre Akte berichtigen, dem Gesetz zur Anwendung verhelfen müßten[57]. Eine Einschränkung könne sich nur in engen Grenzen aus der dem Legalitätsprinzip selbst immanenten Begrenzung ergeben, die unter Umständen seine Anwendbarkeit bis ins Extrem ausschließe[58]. Die Gesetzesanwendung müsse dort ihre Grenze finden, wo die ratio des Gesetzes im Einzelfall ihr Gewicht weitgehend verliere und dadurch ein Mißverhältnis zu den konträren vom Gesetzgeber ursprünglich nicht berücksichtigten oder sich erst nachträglich aktualisierenden Werten entsteht[59].

Diesen die grundsätzliche Rücknehmbarkeit fehlerhafter VAe vertretenden Autoren stehen aber die sich mehrenden Stimmen derjenigen gegenüber, die für eine weitergehende Einschränkung der Rücknehmbarkeit eintreten.

Schon Jellinek schließt einen VA, dessen Fehlerhaftigkeit auf einem Rechtsirrtum der Behörde beruht, von der Rücknehmbarkeit aus[60]. Er sucht außerdem über den stillschweigenden VA eine zeitliche Begrenzung der Rücknahmebefugnis zu erreichen[61]. Nach v. Turegg, der an sich von dem Grundsatz der Rücknehmbarkeit fehlerhafter VAe ausgeht, soll die Rücknahme eines VAs wegen Rechtswidrigkeit nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Rechtsverstoß zur Nichtigkeit des VA führt[62]. Maßgebend erscheint ihm der Gedanke der Rechtssicherheit, den er den Bedenken vorordnet, die sich im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ergeben. Da es sich bei der "Beseitigung" nichtiger VAe ohnehin nicht um eine eigentliche Rücknahme handelt, ist bei v. Turegg der Grundsatz der Rücknehmbarkeit praktisch schon in sein Gegenteil verkehrt[63]. Ausdrücklich gingen Eyermann/Fröhler[64] unter Hinweis auf die Erfordernisse der Rechtssicherheit von dem Grundsatz aus, fehlerhafte VAe dürften nicht zurückgenommen werden. Der Grundsat

---

Beamtenrecht) auch Kretschmer, ZBR 61, 9 ff. Vgl. auch Ule, DVBl. 60, 614.
56) "Der Widerruf von Verwaltungsakten", 1960, S. 105 ff. 57) a.a.O., S. 116
58) Saladin, S. 150. 59) Saladin, S. 157. 60) Fehlerh. Staatsakt, S. 163.
61) Jellinek, S. 288.
62) Lehrbuch, S. 130 f und JR 52, 18 ff.
63) Vgl. Schäfer, S. 34 f.
64) VGG-Kommentar, Anhang zu § 35, Anm. IV, S. 129 f.

rfuhr jedoch erhebliche Einschränkungen dadurch, daß eine Rücknahme außer in en Fällen, in denen der Fehler selbst die Aufhebung oder Änderung eines rechtsräftigen Urteils der ordentlichen Gerichte ermöglichen würde, auch dann mögch sein sollte, wenn einem rein begünstigenden VA "eine gesetzliche Grundlae fehlt" oder er "von einer unzuständigen Behörde erlassen werde"[65]. Stückath[66] will die Rücknehmbarkeit dann ausschließen, wenn es sich um einen zwar ehlerhaften, aber seit langem von allen Beteiligten geduldeten VA handelt, desen Aufhebung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Besonders eingehend hat ich Haueisen um die Klärung der Frage der Rücknehmbarkeit von VAen bemüht. n seiner ersten Äußerung zu der Frage[67] vertritt er schon den später noch vielach verdeutlichten und ausgebauten Gedanken, daß zwar der Behörde grundsätzich das Recht zur Rücknahme zustehe, sie jedoch von diesem Recht nur nach flichtgemäßem Ermessen Gebrauch machen dürfe[68]. Eine Rücknahmepflicht er Behörde lehnt er damit ab. Im Rahmen der Prüfung, wann nun im Einzelfall ie Rücknahme dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung entspricht, kommt Haueisen zu erheblichen Einschränkungen der Rücknehmbarkeit. Unter Hervorheung des vor allem in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsatzes des Vertrauensschutzes will Menger die Rücknahme nur zulassen, wenn dies durch Gründe es öffentlichen Interesses zwingend geboten sei[69]. Ähnlich läßt auch Wolff seit er dritten Auflage seines Allgemeinen Verwaltungsrechts nicht mehr die bloße Mangelhaftigkeit eines VAs als Rücknahmegrund genügen. Sowohl für die Beseitiung (Rücknahme ex nunc) wie auch für die Zurücknahme (ex tunc) fordert Wolff arüber hinaus ein überwiegendes öffentliches Interesse[70]. Eine Abwägung der Ineressen der Verwaltung an der Rücknahme mit den Interessen des Begünstigten an er Aufrechterhaltung des VAs, von der das BVerwG und andere Gerichte die Rückahme abhängig machen, wird auch von Schäfer[71] und Eyermann-Fröhler[72] als ösung der Rücknahmefrage angeboten. Eyermann-Fröhler lehnt die Auffassung orsthoffs, nach welcher der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in jeem Falle zur Rücknahme berechtige, ja verpflichte, ab und stellt die Rechtssicherheit als durchaus gleichwertiges Prinzip neben das der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eine Rücknahme ex nunc sei aber "in aller Regel" zulässig[73]. Bernhardt, er sich in seinem Aufsatz "Der Rentner und seine Menschenwürde"[74] vor allem mit er verfassungsrechtlichen Seite des Rücknahmeproblems auseinandersetzt, greift so-

---

5) a.a.O., S.130. 66) DVBl. 50, 683. 67) NJW 54, 1425.
8) Zustimmend wohl Koehler, VWGO, § 113 B VIII 3 1.
9) Vgl. Verw.Arch. 49, 82 ff, 272 ff, Verw. Arch. 50, 86 ff.
0) S. 293 und 298. 71) Widerruf S. 38.
2) VwGO, Anh. § 42 Nr. 38. 73) a.a.O., Nr. 39.
4) ZfSR 59, 540 ff.

gar auf die Grundrechte des Art. 1 Abs. 3 und 2 Abs. 1 GG zurück, um hieraus Schranken der Rücknehmbarkeit abzuleiten. Auch den Vertrauensschutz führt Bern hardt auf Verfassungsgrundsätze, nämlich den des Rechtsstaatsprinzips zurück. An ihn sei die Verwaltung ebenso gebunden wie an den Grundsatz der Gesetzmäßigke der Verwaltung. Im Falle einer Kollision beider Prinzipien mache sich eine Güte abwägung notwendig, von der die Zulässigkeit der Rücknahme im Einzelfall ab hänge[75]. Erning[76] zieht zwar die Auffassung, auch fehlerhafte VAe seien nur b überwiegendem öffentlichem Interesse rücknehmbar, der "herrschenden Meinung" vor, nach der bei Verstoß gegen gebietende Rechtsvorschriften die Rücknahme ste zulässig sei, bringt aber Bedenken gegen den Begriff der überwiegenden öffentlich Interessen und seine praktische Verwendbarkeit vor. In die Rechtsposition des Bür gers dürfe nicht bloß wegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses, sondern nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung eingegriffen werden. Als Lösung schlägt er die entsprechende Anwendung der §§ 812 ff BGB vor[77]. Eine Lösung auf der Grundlage des württ. EVRO vertritt Ule[77a].

III. ÜBERBLICK ÜBER ENTWICKLUNG UND STAND DER RECHTSPRECHUNG

1. Ältere Rechtsprechung

Vor allem war es die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, die entscheider zur Entwicklung und Festigung von allgemeinen Grundsätzen in der Rücknahme- u Widerrufslehre beigetragen hat. Zwar hat schon das Preußische OVG einmal festg stellt, daß das Problem des Widerrufs von VAen weniger nach allgemeinen Grund sätzen als nach Lage des Einzelfalls lösbar sei[78], doch hat es selbst immer wiede Regeln aufgestellt, die zu einer im ganzen gefestigten Auffassung geführt haben[79]. So tritt in verschiedenen Urteilen des OVG die Auffassung hervor, daß ein VA bei "Verstoß gegen eine strikte, keine Ausnahme seitens der Behörde und kein freies Ermessen derselben zulassende Vorschrift"[80] stets zurückgenommen werden könne[81]. Allgemeiner noch sieht das OVG in einer anderen Entscheidung[82] die Rüc nahme als zulässig an, wenn der VA mit dem zur Zeit der Erteilung geltenden Re

---

75) a.a.O., S. 553. 76) DVBl. 60, 188 ff; 59, 795 ff.
77) S. auch ZfSR 60, 476 ff. 77a) DVBl. 60, 612 ff.
78) OVGE 84, 445.
79) Vgl. Schoen, Festgabe OVG, S. 118 f u. Forsthoff, S. 238.
80) Formulierung in OVGE 29, 369.
81) So auch OVGE 19, 375 (384 f); 24, 350 f; 28, 372; 55, 436; 57, 488 (490); PrVerwBl. 28 (1906/07), S. 823 f.
82) OVGE 24, 350.

n Widerspruch stehe. Dies könne außer in dem oben genannten Fall auch dann zutreffen, "wenn beim Mangel konkreter Vorschriften die allgemeinen, dem Ermessen der Polizeibehörde als Richtschnur gegebenen Normen des Polizeirechts (§ 10 Tit. 17 T. II ALR) durch offenbar sach- und pflichtwidrige Handhabung im Einzelfall derartig verletzt werden, daß das öffentliche Interesse eine Remedur unabweisbar erheischt"[83]. Eine Rücknahme wegen Verstoß gegen das positive Recht läßt das OVG auch zu, wenn zwar objektiv die Erteilung einer Erlaubnis nach dem Ermessen der Behörde möglich war, diese aber gar nicht erkannt hat, daß ein Ermessenstatbestand vorliegt, sondern sich irrtümlich für gebunden hielt[84]. Dagegen wird der bloße Irrtum der Behörde bei der Ausübung des Ermessens nicht als Rücknahmegrund anerkannt.

Bei den entschiedenen Fällen stand verschiedentlich die rückwirkende Aufhebung eines begünstigenden VAs in Frage. Das OVG ging in diesen Fällen davon aus, daß bei Rechtswidrigkeit des VAs die Rücknahme auch ex tunc stattfinden könne. Dem steht allerdings eine spätere Entscheidung[85] gegenüber, in der das Gericht die Rückwirkung des Widerrufs verneint.

2. Neuere Rechtsprechung

Auf den Grundsätzen, die das preußische OVG zur Frage der Rücknahme und des Widerrufs entwickelt hat, beruhte zunächst auch die Rechtsprechung der Gerichte nach 1945.

So wird in einer großen Anzahl von Entscheidungen ganz allgemein davon ausgegangen, daß die Rücknahme bei Fehlerhaftigkeit des betreffenden VAs zulässig sei[86]. Das OVG Berlin stellt dabei ausdrücklich fest, daß auch Ermessensfehler einen VA rechtswidrig und damit rücknehmbar werden lassen[87]. Einschränkungen werden nur insofern gemacht, als die Rücknahme nicht mehr nach unverhältnismäßig langer Zeit erfolgen[88] und in der Regel nicht mit Wirkung für die Vergangenheit ergehen darf[89]. Vielfach wird allerdings auch in Anlehnung an die Rechtsprechung des preußischen OVG und entsprechende Äußerungen im Schrifttum die

---

83) Ebenso OVGE 29, 390 ff.

84) OVGE 40, 377 ff; ähnlich auch pr. OVG in PrVerwBl. 28, 824.

85) OVGE 84, 145 ff.

86) Vgl. Hess. VGH DVBl. 50, 681; VGH Karlsruhe VRspr. 3, 304; OVG Berlin-Zehlendorf DÖV 51, 303; LVG Rhl.-Pf. DVBl. 52, 638; LVG Hannover NJW 52, 910; OVG Koblenz AS 4, 339; OVG Berlin ES Bd. 3, 15; VG Stuttgt. ESVGH 3, 133 (139); OVG Lünebg. MDR 54, 397; OVG Münster DÖV 56, 151; DÖV 57, 324; DÖV 57, 756; BGHZ 1, 223; BGHZ 24, 100 (102).

87) DVBl. 54, 129; im gleichen Sinne schon VG Freiburg DÖV 50, 187 unter Hinweis auf § 43 I Ziff. 2 Bad. VO.

88) OVG Koblenz AS Rhl.-Pf. 4, 339.

89) VGH Karlsruhe VRspr. 3, 304; OVG Koblenz ZBR 54, 119; BVerwGE 1, 67; LVG

Auffassung vertreten, nur ein Verstoß gegen zwingende Rechtsnormen berechtige zur Rücknahme[90]. Der Bayerische VGH[91] legt im Anschluß an das preußische OVG[92] näher fest, wann eine zwingende Rechtsnorm vorliegt. Das OVG Hamburg[93] lehnt die Rechtsprechung des preußischen OVGs ausdrücklich ab, wonach die Rücknahme auch dann möglich sein soll, wenn ein VA zwar in Anwendung einer Ermessensnorm erging, die Verwaltung dies aber nicht erkannt hat und sich irrtümlich für gebunden hielt[94]. Daneben finden sich auch hie und da schon weitergehende Einschränkungen der Rücknehmbarkeit für bestimmte Arten von VAen. Das BVerfG[95] hat beispielsweise ausgesprochen, daß aus Gründen der Rechtssicherheit sogenannte streitentscheidende VAe, die in einem gerichtsähnlichen Verfahren ergangen sind, nicht wegen eines Wandels der Rechtsauffassung zurückgenommen werden könnten. Das OVG Lüneburg[96] schränkt den Grundsatz der Rücknehmbarkeit fehlerhafter VAe in der Weise ein, daß nur ein offenbarer Widerspruch des erlassenen VAs zum Gesetz die Rücknahme rechtfertigt. Dies sei der Fall, wenn eine eindeutige Vorschrift vorhanden sei, die keine andere Auslegung für den Einzelfall zulasse.

Den entscheidenden Durchbruch bringt das vielumstrittene Urteil des 7. Senats des OVG Berlin vom 14.11.1956[97], das mit der These vom "allgemein anerkannten Grundsatz der Rücknehmbarkeit rechtswidriger VAe" bricht und mit Rücksicht auf den Vertrauensschutzgedanken im Einzelfall sogar die Rücknahme für die Zukunft ausschließt. Ob die Rücknahme zulässig sei oder nicht, entscheide sich danach, ob diese durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gefordert werde. Es müsse jeweils eine Abwägung des Interesses der Behörde, den VA zu beseitigen und des Interesses des Begünstigten an der Aufrechterhaltung des VAs stattfinden[98]. Der 3. Senat des OVG Berlin versucht auf einem anderen Wege, eine billige Lösung zu erreichen[99]: er stellt darauf ab, ob ein VA nach den gesetzlichen Vorschriften vertretbar erscheint. Nur wenn der VA offensichtlich gegen eine eindeutige Gesetzesbestimmung verstößt, kann er zurückgenommen werden[100]. Das LSG Bre-

---

Düsseldorf ZBR 57, 409.

90) VG Stuttgart DÖV 49, 179; OVG Hamburg VRspr. 3, 579; Bay. VGH DÖV 52, 3; VGHE 4, 203; BVerwG NJW 55, 315.

91) VGHE 4, 203. 92) OVGE 29, 369. 93) VRspr. 3, 579 94) OVGE 40, 377

95) BVerfGE 2, 380 ff; vgl. auch VGH Freiburg DÖV 55, 86.

96) DVBl. 56, 24 ff mit Anmerkung von Ule.

97) ES Bd. 5, S. 1 ff = DVBl. 57, 503 ff.

98) Vgl. auch VGH Kassel DVBl. 58, 763, der die Entscheidung für sehr bedenklich hält.

99) NJW 57, 1775.

100) Anscheinend ebenso OVG Berlin 7. Senat und 4. Senat; beide Entscheidungen zitiert im Urteil des 3. Senats: "wenn klare wesentliche Vorschriften verletzt worden sind".

nen[101] kommt auf Grund rechts- und sozialstaatlicher Erwägungen in einem Versorgungsfall zu dem Ergebnis, daß, obwohl an sich die Voraussetzungen des § 41 VwVerfG gegeben sind, im Einzelfall die Rücknahme auch für die Zukunft ausgeschlossen sein kann.

Das BVerwG hält zwar grundsätzlich an der Auffassung fest, daß VAe, die gegen eine gebietende Rechtsvorschrift verstoßen[102], zurückgenommen werden können, es schränkt dann aber doch diesen Grundsatz erheblich ein. Die Frage, ob die Rücknahme auch mit rückwirkender Kraft oder nur für die Zukunft erfolgen könne, sei nur für den Einzelfall zu entscheiden. Es komme bei dieser Frage auf den Zweck der Rücknahme an. Könne dieser sinnvollerweise nur mit einer Wirkung ex tunc erreicht werden, so müsse die Behörde grundsätzlich auch in der Lage sein, einen rechtswidrigen VA rückwirkend zu beseitigen. Bei VAen mit einmaliger Leistung sei eine Rücknahme ex tunc jedenfalls dann zuzulassen, wenn die Rechtswidrigkeit des VAs auf unrichtige oder unvollständige Angaben des Antragstellers zurückzuführen sei und dieser die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit verschuldet habe[102a].

In einer weiteren Entscheidung[103] spricht das BVerwG zunächst aus, daß von Anfang an fehlerhafte VAe "jedenfalls nicht in allen Fällen" zurückgenommen werden könnten. Die entscheidende Abwägung des öffentlichen Interesses an der gleichmäßigen Gewährleistung eines dem Gesetz entsprechenden Zustandes und dem Einzelinteresse des begünstigten Bürgers an der Aufrechterhaltung des VAs führe aber bei laufenden Leistungen regelmäßig dazu, hinsichtlich einer Rücknahme für die Zukunft das Interesse des begünstigten Bürgers zurücktreten zu lassen. Denselben Standpunkt haben auch der 2. und 4. Senat des BVerwG vertreten[104]. Der Grundsatz, nach dem begünstigende VAe bei Rechtswidrigkeit zurückgenommen werden könnten, gelte - so stellt der 2. Senat fest[105] - im Hinblick darauf, daß auch das öffentliche Recht von dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach Treu und Glauben beherrscht werde, nur mit dem Vorbehalt, daß nicht das schutzwürdige Interesse des Begünstigten an der Aufrechterhaltung des VAs von größerem Gewicht sei, als die aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgende Notwendigkeit, der Rechtsordnung durch nachträgliche Beseitigung des gesetzwidrigen VAs Geltung zu verschaffen.

---

101) BB 57, 543 f.

102) 6. Senat BVerwGE 6, 1 ff (5).

102a) Ähnlich 6. Senat BVerwGE 8, 261 ff, wonach eine Rücknahme ex tunc zulässig sei, wenn der Begünstigte die Fehlerhaftigkeit kannte oder kennen mußte.

103) 3. Senat BVerwGE 5, S. 312.

104) 2. Senat DVBl. 58, 652; 4. Senat NJW 59, 1553.

105) Wie Fußnote 104.

Den Gedanken des Verbots des venire contra factum proprium spricht derselb Senat des BVerwG an, wenn er in einer anderen Entscheidung[106] ausführt, aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes folge, daß die Verwaltung sich mit ihrem ursprünglichen Verhalten nicht in Widerspruch setzen dürfe, insbesondere nicht allein mit der Begründung, daß sich ihre Rechtsauffassung gewandelt oder sie sic später eine andere Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift zu eigen gemacht ha oder einen Sachverhalt abweichend würdige. Der 6. Senat des BVerwG[107] hatt sich als Revisionsgericht mit dem oben angeführten Urteil des OVG Berlin vom 14.11.56[108] zu beschäftigen. Entgegen der Auffassung des OVG Berlin hält er daran fest, daß grundsätzlich rechtswidrige VAe zurückgenommen werden können. In dem zur Entscheidung stehenden konkreten Fall stimmt das BVerwG alle dings im Ergebnis mit dem OVG Berlin überein. Unter anderem im Hinblick dar auf, daß die Klägerin im Vertrauen auf die Begünstigung eine "einschneidende Änderung ihrer Lebensführung" vorgenommen hätte, hält auch das BVerwG eine Ausnahme für gegeben und erklärt nicht nur die Rücknahme ex tunc, sondern auch eine solche ex nunc für unzulässig[109]. Diese Rechtsprechung, insbesonder den Grundsatz der Interessenabwägung, hat das BVerwG auch in späteren Entsche dungen beibehalten[110]. Es hat seine Auffassung auch gegen die Angriffe verteidigt, die vor allem von seiten Forsthoffs gegen sie vorgetragen wurden[111]. Die Bedenken, die wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gegen die Aufrechterhaltung fehlerhafter VAe vorgebracht werden, hält es für un begründet. Nicht nur das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sondern ebenso auch das der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens seien wesentliche Be standteile des Rechtsstaatsprinzips[112]. Hierzu gehöre auch der Schutz des Vertrauens des Bürgers auf den Bestand behördlicher Entscheidungen. Ein Widerstreit dieser Grundsätze könne seine Lösung nur in einer Abwägung finden, welchem d Vorrang einzuräumen sei[113].

Von den übrigen Verwaltungsgerichten sind der VGH Stuttgart[114], der Hessische VGH[115] und das OVG Münster[116] im wesentlichen der Rechtsprechung de BVerwG gefolgt. Auch das Bundessozialgericht[117] entscheidet die Zulässigkeit

---

106) DÖV 58, 710. 107) DVBl. 60, 138.
108) ES Bd. 5, S.1 = DVBl. 57, 503.
109) Ähnlich schon bei Entscheidungen nach § 7 G 131 BVerwG DÖV 58, 710 und BVerwGE 8, 296.
110) NJW 60, 690; BVerwGE 10, 64; 11, 136 = NJW 61, 475; DVBl. 61, 380.
111) Forsthoff, Vorwort zur 7. Auflage. 112) NJW 61, 475(476) = BVerwGE 11, 13
113) DVBl. 61, 380 ff. 114) VRspr. 10, 662.
115) ESVGH 8, 219=VRspr. 11, 803; ZBR 60, 392.
116) DVBl. 60, 491. 117) NJW 59, 1607.

der Rücknahme nach der vom BVerwG vertretenen Interessenabwägung. Von der Regel, daß bei laufenden Leistungen das öffentliche Interesse an einer Rücknahme für die Zukunft überwiege, soll eine Ausnahme schon dann gegeben sein, wenn die Fehlerhaftigkeit in den Verantwortungsbereich der Verwaltung fällt. Das OVG Koblenz[118] stellt die Rücknahme in das Ermessen der Behörde. Im Rahmen der Ausübung dieses Ermessens habe die Behörde dann alle für und gegen die Rücknahme des VAs sprechenden Umstände zu berücksichtigen und bei ihrer Entscheidung abzuwägen. Für bestimmte VAe, nämlich solche, durch die eine Entschädigungsleistung auf Grund eines abgeschlossenen Sachverhalts festgesetzt wird, die das betreffende Rechtsverhältnis abschließend zu regeln bestimmt sind und in einem mit bestimmten Rechtsgarantien ausgestatteten Verfahren ergangen sind, vertritt das OVG Hamburg[119] die Ansicht, daß diese nicht zurückgenommen werden könnten, wenn die Behörde eine Rechtsnorm auf den einwandfrei festgestellten Sachverhalt unrichtig angewendet habe.

Der BayVGH[120], das LVG Düsseldorf[121] und der BGH[122] haben ihre Rechtsprechung, wonach eine Rücknahme zumindest ex nunc stets zulässig sei, bisher noch nicht aufgegeben. Der VGH Kassel[123] sieht zwar eine Einschränkung der Rücknehmbarkeit ex nunc für "sehr bedenklich" an, läßt es aber schließlich doch dahingestellt, ob nicht in besonders gelagerten Fällen Ausnahmen gerechtfertigt sind.

Hinsichtlich der Rücknehmbarkeit ex tunc vertritt der BayVGH in Abweichung von der BVerwG-Rechtsprechung die Ansicht[124], diese sei nicht schon bei jedem Verschulden des Begünstigten, sondern nur bei Anwendung unlauterer Mittel zulässig. Ähnlich hat sich auch das OVG Münster geäußert [125]. Der vom BVerwG vertretene Grundsatz, die Rücknahme ex tunc sei auch dann zulässig, wenn der Begünstigte die Fehlerhaftigkeit des VAs zwar nicht kannte aber den Umständen nach kennen mußte, besitzt nach Auffassung des OVG Münsters nur für das Besoldungsrecht der Beamten Geltung[126]. Für das übrige öffentliche Recht sei eine derartige Einschränkung der Interessenabwägung nicht zu machen.

---

118) DVBl. 61, 171. 119) DVBl. 59, 147.
120) BayVBl. 57, 163. 121) ZBR 57, 409.
122) BGH 24, 100 (102) und MDR 59, 285 (286).
123) DVBl. 58, 763. 124) wie Fußnote 120.
125) DVBl. 60, 491.
126) Dazu ist allerdings zu bemerken, daß das BVerwG diese Regel auch für das Lastenausgleichsrecht vertreten hat (vgl. DÖV 57, 911).

Dieser Überblick über die sehr umfangreiche Rechtsprechung zur Rücknahmefrage zeigt, daß die Gerichte unter Führung des BVerwGs heute zum überwiegenden Teil von der These abgerückt sind, fehlerhafte VAe könnten allein wegen ihrer Fehlerhaftigkeit stets und unter allen Umständen zurückgenommen werden. Es wird allgemein anerkannt, daß der Bürger in seinem Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit und den Fortbestand eines begünstigenden VAs geschützt werden muß. Für die Entscheidung des Einzelfalls hat sich die vor allem vom BVerwG herausgearbeitete Methode der Interessenabwägung, d.h. der Abwägung des Vertrauensschutzinteresses des Bürgers gegen das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustands im wesentlichen durchgesetzt. Für den Regelfall wird davon ausgegangen, daß bei der Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft das öffentliche Interesse überwiegt, während umgekehrt für die Vergangenheit das Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten von größerem Gewicht ist.

3. Kapitel
Grundfragen des Rücknahmerechts

I. AUSGANGSPUNKT

1. Das Verhältnis von Rücknahmeakt und ursprünglichem VA

Wenn nunmehr in die eigentliche Erörterung der Frage eingetreten werden soll, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen rechtswidrige begünstigende VAe zurückgenommen werden können, so erscheint es notwendig, sich zunächst einmal die tatsächliche und rechtliche Situation zu vergegenwärtigen, der sich die Behörde bei der Rücknahme gegenübersieht.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist der ursprüngliche begünstigende VA. Durch ihn hat die Verwaltung einen bestimmten Lebensbereich in einer für den Betroffenen vorteilhaften Weise erstmalig geregelt. Als unmittelbare Rechtswirkung des begünstigenden VAs erlangt der Betroffene eine dem Inhalt des VAs entsprechende Rechtsposition oder zumindest doch eine Verbesserung seiner bisherigen. So kann beispielsweise der Rentenempfänger auf Grund des Rentenbescheides unmittelbar die Auszahlung der Rente verlangen, der Baulustige darf, wenn er die Baugenehmigung erhalten hat, mit dem Bau beginnen, der Gewerbetreibende auf Grund der Gewerbeerlaubnis das erlaubnispflichtige Gewerbe ausüben.

Über diese unmittelbaren rechtlichen Wirkungen, die zunächst ausschließlich auf dem fehlerhaften VA beruhen, hinaus ergeben sich aber in der Regel durch die Verwirklichung des VAs oder dadurch, daß von ihm Gebrauch gemacht wird, weitere mittelbare tatsächliche Auswirkungen, die zu mehr oder weniger einschneidenden Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse führen können. Der Rentenempfänger hat etwa seine Lebensführung geändert, eine teurere Wohnung bezogen oder seine Kinder eine Ausbildung beginnen lassen, der Bauherr seinen Bau errichtet und in Benutzung genommen; der Gewerbetreibende einen Geschäftsbetrieb eingerichtet und mit der Ausübung begonnen.

Ist nun der begünstigende VA fehlerhaft, so ergibt sich hinsichtlich der Rechtswirksamkeit ein Unterschied zum fehlerfreien VA vorläufig nur, wenn der betreffende Fehler zur Nichtigkeit des VAs führt. Der nichtige VA kann die Rechtswirkungen, die er sich beigelegt hat, nicht hervorbringen und dem Empfänger daher auch nicht die entsprechende Rechtsposition einräumen, mögen auch die tatsächlichen Auswirkungen dieselben sein wie beim nicht nichtigen VA. Praktisch bedeutet das beispielsweise, daß der Rentner Leistungen, die ihm auf Grund eines nichtigen Bescheides ausbezahlt wurden, unberechtigt, ohne rechtlichen Grund erhalten hat.

Dagegen ist der zwar rechtswidrige, aber nicht nichtige VA zunächst in vollem Umfang wirksam[1]. Obwohl auch in diesem Falle die Behörde den VA so, wie geschehen, gar nicht hätte erlassen dürfen, äußert der dennoch ergangene V solange er besteht, in gleicher Weise wie der fehlerfreie VA die Rechtswirkung die er sich beigelegt hat[1a]. So sind etwa Leistungen, die auf Grund eines fehlerhaften, aber nicht nichtigen VAs erbracht wurden, mit Rechtsgrund erlangt, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung nicht vorliegen Die rein formale Auffassung Fleiners[3], wonach absolute Nichtigkeit und Anfec barkeit sich nicht in ihren Wirkungen unterscheiden sollen, sondern lediglich in der Art, wie die Beseitigung des VAs herbeigeführt wird, ist abzulehnen. Auch die übliche Formel, für die Gültigkeit des fehlerhaften VAs spreche eine "Vermutung", ist irreführend, da es sich, wie Bachof zu Recht bemerkt[4], nicht um eine Frage des Beweises, sondern um eine solche des materiellen Rechts handel Ebenso wie ein belastender VA, der fehlerhaft, aber nicht nichtig ist, beachtet werden muß und vollstreckt werden kann, solange er nicht aufgehoben ist, so ist auch der begünstigende fehlerhafte VA voll wirksam und beachtlich.

Von der Frage der Wirksamkeit zu trennen ist die weitere, ob ein in dieser Weise fehlerhafter VA Bestand haben soll oder nicht. Allein hierum geht es bei der Rücknahme. Durch sie soll die zuvor wirksam eingeräumte Rechtsposition dem Begünstigten wieder genommen oder verschlechtert werden, sei es, um ihn nur für die Zukunft daran zu hindern, von der Begünstigung weiteren Gebrauch zu machen, oder - wie bei der Rücknahme ex tunc - um auch die bereits eingetretenen tatsächlichen oder rechtlichen Auswirkungen des VAs rückgängig machen zu können. Auch mit der Rücknahme regelt die Behörde einen bestimmten Lebenssachverhalt. Dieser ist aber infolge der Wirksamkeit des ursprünglichen V und der durch ihn bewirkten rechtlichen und tatsächlichen Folgen ein andere als der, dem sich die Behörde bei der ursprünglichen Regelung gegenübersah. H von ist bei der Bestimmung der rechtlichen Qualität des Rücknahmeakts auszuge hen. Dieser trifft eine gegenüber der ursprünglichen durchaus eigenständige Reg lung und ist jedenfalls nicht bloßer actus contrarius in dem Sinne, daß ihm als rein formales Gegenstück zum ursprünglichen VA jede selbständige Bedeutung abginge[6]. Die Rücknahme ist echter VA und zwar, da sie in bestehende Rechts

---

1) Bachof, JZ 57, 437.

1a) Zum Begriff der "Wirksamkeit" eines VAs vgl. EVRO Begründung, S. 219.

2) BVerwG DÖV 59, 581.

3) Institutionen, S. 206.

4) JZ 57, 437. Siehe auch Jesch, Bindung, S. 56 f u. neuerdings Wolff, 4. Aufl. S. 264.

5) Vgl. auch Reissmüller, JZ 59, 646 gegen Hamann, NJW 59, 1467.

6) So Forsthoff, S. 241; in dieser Richtung wohl auch Jesch, Gesetz und Verwalt S. 193.

positionen eingreift, belastender VA[7]. Da der fehlerhafte, aber nicht nichtige VA sich in seiner Wirksamkeit vom fehlerfreien VA nicht unterscheidet, kann auch der rechtliche Charakter der Rücknahme nicht anders beurteilt werden als der des Widerrufs. Letzterem erkennt offenbar aber auch Forsthoff im Gegensatz zur Rücknahme[8] selbständige Bedeutung zu[9].

2. Die Rücknehmbarkeit, eine Frage des materiellen oder des Verfahrensrechts ?

Im Zusammenhang mit den vorausgegangenen Erörterungen kann auch auf die Frage eingegangen werden, ob die Rücknahmeregeln dem materiellen oder dem Verfahrensrecht angehören.

Insbesondere Bettermann[10] hat in dieser Frage die Auffassung vertreten, es handle sich um ein rein verfahrensrechtliches Problem. Er weist darauf hin, daß die Voraussetzungen, unter denen ein Richter seine Entscheidung abändern kann (§ 318 ZPO, § 18 FGG), zweifellos dem Prozeßrecht angehören[11]. Das überzeugt aber deswegen nicht, weil es - wie noch später zu zeigen sein wird - bei der Rücknahme eines VAs um etwas ganz anderes geht als bei der Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung. Auch die Tatsache, daß bestehende positivrechtliche Vorschriften über die Rücknahme bestimmter VAe zum Teil in Verfahrensgesetzen oder -abschnitten zu finden sind[12], dürfte kaum ausschlaggebend sein[13], da die Trennung von Verfahrens- und Prozeßrecht gesetzgeberisch nur sehr unsauber durchgeführt ist[14]. Häufig treten in reinen Verfahrensgesetzen materiellrechtliche Bestimmungen auf, wie auch umgekehrt materiellrechtliche Regelungen Verfahrensvorschriften enthalten[15]. Während das Verfahrensrecht im wesentlichen darüber Auskunft gibt, wie die Akte der Verwaltung zustande kommen, welcher Form sie bedürfen, wie sie bekannt zu machen sind und dergleichen, befaßt sich das materielle Recht mit ihrem Inhalt[16]. Bei der Rücknahme

7) So Ipsen, Widerruf, S. 116 ff; Haueisen, NJW 54, 1428; Schütz, DÖV 58, 449 f; Erning, DVBl. 60, 192 f; OVG Berlin DÖV 57, 754.

8) Vgl. S. 241. 9) S. 239, 242. 10) VVDStRL Heft 17 (1959), S. 125 ff.

11) a.a.O., S. 126; vgl. aber Bötticher, JZ 56, 585; der betont, daß auch die Frage der Abänderbarkeit gerichtlicher Akte eine materiell-rechtliche Seite hat.

12) Bettermann a.a.O., S. 127 f.

13) Vgl. Bachof, VVDStRL 17 (1959), S. 216.

14) Haueisen, Die OKK, 1956, S. 191 mißt beispielsweise § 41 VerwVerfG (wie übrigens auch § 77 SGG) materiellrechtliche Bedeutung zu. Die Vorschrift gehöre daher nicht in ein "Gesetz über das Verfahren".

15) Vgl. einerseits etwa § 717 II S. 1 ZPO, andererseits die Beweislastregelungen im BGB, z.B. § 282.

16) Hangartner, S. 207.

handelt es sich aber keineswegs nur darum, wie ein im Raum stehender Ausspruch der Verwaltung wieder beseitigt werden kann, vielmehr regelt das Rücknahmerecht vor allem, unter welchen Voraussetzungen ein (materieller) Eingriff in die erlangte Rechtsposition zulässig ist. Die Rücknahmeregeln gehören daher im wesentlichen zum materiellen Verwaltungsrecht[17]. Die Voraussetzungen, unter denen ein VA ergehen kann, beurteilen sich nach materiellem Recht[18]; der Rücknahmeakt nimmt insoweit keine Sonderstellung ein[19].

Freilich hat auch die Rücknahme, wie jeder VA, eine verfahrensrechtliche Seite, soweit es sich um das Erlaßverfahren, Form, Bekanntmachung usw. handelt. Diese tritt aber an Bedeutung hinter das materiellrechtliche Kernproblem zurück. Bemerkenswert ist, daß auch das BVerwG in einer neueren Entscheidung[20] den materiellrechtlichen Charakter des Widerrufs- und Rücknahmerechts ausdrücklich anerkennt, nachdem es dies bisher in verschiedenen Entscheidungen dem Verfahrensrecht zugerechnet hatte[21].

3. Rechtsquellen des Rücknahmerechts

Unproblematisch ist diese Frage, soweit durch Gesetzesvorschrift die Rücknahme begünstigender VAe ausdrücklich für zulässig erklärt worden ist[22]. Gesetzliche Rücknahmeregelungen bestehen aber, abgesehen von den nicht mehr in Kraft befindlichen älteren allgemeinen Normierungen, nur für bestimmte Spezialgebiete. Wie im öffentlichen Recht häufig und im allgemeinen Verwaltungsrecht fast durchweg, fehlt dagegen eine für alle Arten von VAen gültige Regelung.

Man könnte nun versuchen, aus den verschiedenen Einzelregelungen einen allgemeinen Rechtssatz abzuleiten, der dann auch auf die nicht geregelten Fälle anzuwenden wäre[23]. Das würde indessen voraussetzen, daß in diesen Einzelbestimmungen wirklich eine einheitliche Grundvorstellung des Gesetzgebers über die Regelung der Rücknahmefrage zum Ausdruck käme. Wie ein Überblick über die gesetzlichen Regelungen auf einigen Rechtsgebieten gezeigt hat, sind die Regelungen jedoch uneinheitlich und jeweils auf die Bedürfnisse des speziellen Rechtsgebiets ausgerichtet[23a]. Ein allgemeines Recht zur Rücknahme begünsti-

---

17) Hangartner, S. 208, Schunck-De Clerck, Rhl.-Pf. VGG, § 23, 1 c, Haueisen, NJW 57, 170; DVBl. 59, 229; Bötticher, JZ 56, 587 ff; Bachof, DÖV 58, 28 u. VVDStRL 17 (1959), 219; Ipsen, Küchenhoff, Menger und Merk in VVDStRL 17 (1959), S. 217, 218, 219 und 221.

18) Bachof, DÖV 58, 28. 19) Hangartner, S. 208.

20) v. 7.12.1960 DVBl. 61, 380 ff. 21) Z.B. BVerwG DÖV 57, 264; DÖV 57,

22) Vgl. OVG Berlin DÖV 57, 754. 23) Vgl. etwa Scheerbarth, DVBl. 60, 195.

23a) Vgl. Haueisen, DVBl. 59, 232, der die Nichtbeachtung rechtssystematischer Zusammenhänge bei den gesetzlichen Rücknahmeregelungen bedauert. Der

ender VAe kann aus den gesetzlichen Einzelbestimmungen jedenfalls nicht entommen werden[24].

Die Rücknahme begünstigender VAe ist auch nicht etwa gewohnheitsechtlich zulässig. Mag früher die herrschende Auffassung dahin gegangen ein, die Rücknahme allgemein zuzulassen (was freilich nicht ohne weiteres Gewohnheitsrecht begründet), so kann heute jedoch keinesfalls mehr von einer einheitlichen Rechtsüberzeugung in der Frage der Rücknahme gesprochen werden.

Es bleibt also nur der Weg, aus den das öffentliche Recht beherrschenden allgemeinen und besonderen Rechts- und insbesondere Verfassungsgrundsätzen einen Rechtssatz abzuleiten[25]. Dabei wird vor allem auf das Rechtsstaatsprinzip und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zurückzugreifen sein.

4. Rücknahme nichtiger VAe

Keine Rücknahme im echten Sinne stellt die Rücknahme nichtiger VAe dar. Sie soll daher zunächst aus der weiteren Betrachtung ausgeschieden werden.

Da nichtige VAe allgemein unbeachtlich[26], d.h. unwirksam sind, besteht bei ihnen der Rechtszustand schon von vornherein, der sonst mit der Rücknahme wirksamer, wenn auch fehlerhafter VAe gerade erst herbeigeführt werden soll. Die Behörde spricht bei der "Rücknahme eines nichtigen VAs" praktisch nur in deklaratorischer Weise aus, daß der betreffende VA rechtlich nie wirksam war[27]. Man bezeichnet diesen Vorgang daher zu Recht als bloß deklaratorische Rücknahme oder "Nichtigkeitsfeststellung"[28].

Gegen ihre Zulässigkeit bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Anders als bei der echten Rücknahme greift die Behörde bei der "Nichtigkeitsfeststellung" nicht in die durch den ursprünglichen VA begründeten Rechte oder Rechtspositionen ein, da der nichtige VA dem Empfänger die seinem Inhalt entsprechende Rechtsstellung gar nicht einzuräumen vermag. Sie kann daher auch den Betroffenen nicht belasten[29]. Eine Rechtsbeeinträchtigung liegt auch nicht in der Zerstörung des durch

---

Gesetzgeber dürfe in dieser Frage nicht nach dem "Zufall" differenzieren.

24) Vgl. Erning, DVBl. 60, 189.

25) Vgl. dazu allgemein Wolff, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 39 ff.

26) Vgl. Forsthoff, S. 208.

27) Vgl. Hangartner, S. 23.

28) Hangartner, S. 23, Fußnote 83.

29) Zu der Frage, ob die deklaratorische Rücknahme überhaupt VA-Qualität besitzt, oder lediglich als "Belehrung" über den bestehenden Rechtszustand aufzufassen ist, vgl. Hangartner, S. 23 mit weiteren Literaturhinweisen.

Die Frage ist m.E. im letzteren Sinne zu entscheiden. Zwar kann auch eine

den nichtigen VA hervorgerufenen "Rechtsscheines". Soweit sich auch an den nichtigen VA Rechtsfolgen knüpfen können, wie etwa Amtshaftungsansprüche oder dergl., werden diese von der Nichtigkeitsfeststellung nicht berührt.

Zwar können auch nichtige VAe verwirklicht werden und dadurch erhebliche tatsächliche Veränderungen eintreten, die u.U. rückgängig zu machen sind. Es ist aber zu berücksichtigen, daß nach der herrschenden Evidenztheorie grundsätzlich nur offensichtliche Fehler zur Nichtigkeit führen. Da ein Vertrauen des Bürgers auf die Rechtmäßigkeit nichtiger VAe somit in der Regel ausgeschlossen ist, sind die genannten Folgen für den Betroffenen auch nicht unbillig.

II. DIE RECHTSKRAFT DER VAE

1. Problemstellung

Nachdem der Rücknahmeakt selbst in seiner rechtlichen Bedeutung dargestellt wurde, soll nunmehr die Frage erörtert werden, ob nicht schon deswegen eine Rücknahme generell oder doch für einzelne Arten von VAen ausgeschlossen ist, weil diese materiell oder formell rechtskräftig werden. Obwohl die Zusammenhänge zwischen Rücknahme- und Rechtskraftproblem schon Gegenstand zahlreicher Erörterungen waren, zeigt es sich, daß die erarbeiteten Ergebnisse noch nicht überall durchgedrungen sind. Es erscheint daher notwendig, die hierbei wesentlichen Gesichtspunkte in kurzen Zügen aufzuzeigen.

Der Begriff der Rechtskraft hat seinen ursprünglichen Platz im Prozeßrecht. Dieses gibt auch darüber Auskunft, welche gerichtlichen Entscheidungen in formelle oder materieller Rechtskraft erwachsen und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist[30]. Es ist nun insbesondere hinsichtlich der materiellen Rechtskraft umstritten, ob eine Übertragung auf Staatsakte, die nicht von einem Gericht, sondern von einer Verwaltungsbehörde ergehen, möglich und gerechtfertigt ist. Sieht man für die Entstehung der materiellen Rechtskraft den Umstand als entscheidend an, daß der Akt von einem unabhängigen Gericht innerhalb eines Prozesses als streitentscheidendes Urteil erlassen wird[31], so sind VAe von vornherein der

---

reine Feststellung Inhalt eines (echten) VAs sein, jedoch muß es sich doch um eine verbindliche Feststellung handeln, von der eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht. Daran fehlt es aber bei der Nichtigkeitsfeststellung.

30) Vgl. §§ 322 und 705 ZPO.

31) Vgl. Hangartner, S.52.

nateriellen Rechtskraft unfähig[32]. Teilweise wird wenigstens solchen VAen ma-erielle Rechtskraft zuerkannt, die als Feststellungsakte sich auf einen invariab-en Tatbestand beziehen und in einem förmlichen gerichtsähnlichen Verfahren rgehen[33], oder die ihrem Inhalt nach Rechtsprechungscharakter haben[34].

Ob und gegebenenfalls inwieweit das dem Gerichtsverfahren angehörige In-itut der Rechtskraft auf die VAe übertragen werden darf, kann im Rahmen nserer Erörterungen jedoch zunächst dahingestellt bleiben. Es stellt sich näm-ch überhaupt die Frage, welche Bedeutung eine eventuelle Rechtskraft von VAen ir das Rücknahmeproblem haben könnte. Insbesondere in der älteren Lehre wur-e weitgehend das Problem der Rechtskraft mit der Widerrufs- bzw. Rücknahme-ehre verknüpft, ja geradezu identifiziert[35]. Materielle Rechtskraft und Unwi-erruflichkeit wurden als gleichbedeutende Begriffe aufgefaßt[36]. Die Schwierig-eit, dieses Ergebnis aus dem traditionellen Rechtskraftbegriff, wie er besonders n Zivilprozeßrecht entwickelt wurde, abzuleiten, führte vielfach zu Auswei-ungen und Abwandlungen des Rechtskraftsbegriffs, sowohl in genereller Hinsicht ls auch im besonderen hinsichtlich seiner Anwendung auf VAe[37]. Es liegt auf er Hand, daß die Frage nach der Beziehung zwischen Rechtskraft- und Rücknah-nelehre nur dann sinnvoll gestellt werden kann, wenn von dem traditionellen echtskraftbegriff des Prozeßrechts ausgegangen wird, wenn anders man nicht von ornherein die Rücknahmelehre nur in ein anderes Gewand kleiden will.

2. Formelle Rechtskraft und Unabänderbarkeit

Schon über Bedeutung und Wesen der formellen Rechtskraft bestehen er-ebliche Meinungsverschiedenheiten.

Einheitlich wird zunächst davon ausgegangen, daß sie die Unanfechtbarkeit der Unangreifbarkeit[38] der Entscheidung beinhaltet. Mit ihrem Eintritt urch ungenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist, Rücknahme des eingelegten echtsmittels oder endgültige Entscheidung[39] kann der Betroffene die Entschei-ung nicht mehr erfolgreich mit den ordentlichen Rechtsmitteln angreifen.

---

2) So etwa Dickmann, DÖV 57, 280 ff; Baring, NJW 52, 1073.
3) So insbes. Forsthoff, S. 235 ff.
4) So vor allem Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886; aber etwa auch Herrnritt, S. 310; Helfriz, S. 40; Loppuch, NJW 53, 1128.
5) Vgl. Jesch, Bindung, S. 70; Ipsen, Widerruf, S. 22; Bötticher, Krit. Beiträge, S. 78 ff.
6) Vgl. Hangartner, S. 57.
7) So Hangartner, S. 53, 61.
8) Vgl. Rosenberg, ZPO, § 146 I 1, S. 729.
9) Vgl. Hangartner, S. 51.

Nicht einheitlich wird dagegen die Frage beantwortet, ob die formelle Recht kraft darüber hinaus die Unabänderbarkeit der Entscheidung überhaupt be deutet, ob sie also auch den Ausschluß des Widerrufs durch die erlassende Stelle selbst umfaßt.

In der Literatur zum Zivilprozeßrecht faßt Wieczorek[40] den Begriff der for mellen Rechtskraft in dieser weiteren Bedeutung auf. Eine Entscheidung ist nach ihm dann formell rechtskräftig, wenn sie sowohl für das Gericht unwiderruflich wie auch für die Parteien unanfechtbar ist. Ebenso sieht Bötticher[41] in der form len Rechtskraft die Gewährleistung "jener gänzlichen Unabänderlichkeit und En gültigkeit" des Richterspruchs.

Die gleiche Auffassung kommt in der verwaltungsrechtlichen Literatur grund sätzlich bei Wolff[42], Dickmann[43] und Menger[44] zum Ausdruck. Menger sieht in der Frage der Rückgängigmachung eines Hoheitsakts durch die erlassende Be hörde sogar in erster Linie eine Frage der formellen Rechtskraft als eines Institut das sich an den Richter wende und ihm bei eingetretener Unanfechtbarkeit ein erneutes Tätigwerden schlechthin verbiete[45].

Gegenteiliger Auffassung ist Rosenberg[46], der die Unwiderruflichkeit nicht d Rechtskraft zurechnet. Der Widerruf von Entscheidungen sei den Gerichten scho durch andere Normen, insbesondere § 318 ZPO versagt. Im engeren Sinne bloße Unangreifbarkeit wird der Begriff der formellen Rechtskraft auch bei Goldschmic und Gäbelein[48] aufgefaßt. Für die Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarl führt in ähnlicher Weise Baur[49] die begriffliche Trennung zwischen formeller Rechtskraft und Unabänderlichkeit durch[50]. Ebenso verstehen Forsthoff[51] und die Verwaltungsgerichte[52] den Begriff der formellen Rechtskraft im Sinne bloße

---

40)ZPO, § 322 Anm. A I a. 41) Krit. Beiträge, S. 68.

42)S. 283. Die Unanfechtbarkeit bezeichnet Wolff (S. 284) als "formelle Bestand kraft".

43)DÖV 57, 281 gegen Forsthoff.

44)Verw. Arch. 49, 373 ff.

45)Menger a.a.O.. Vgl. auch Lange, NJW 50, 732.

46)a.a.O., § 146 I 1, S. 729.

47)Zivilprozeßrecht, S. 163. 48) JZ 55, 261.

49)Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 23 C I.

50)Im Ergebnis umfaßt die formelle Rechtskraft bei Baur a.a.O. allerdings doch wieder die Unwiderruflichkeit, da er mit der h.L. (vgl. Lent, Freiw. Gbk, 3. Aufl. S. 61) entgegen § 18 FGG eine Abänderung nicht mehr für zulässig hält, wenn die Entscheidung unanfechtbar geworden ist. (Dagegen: Gäbelein JZ 55, 261.)

51)S. 232, vgl. auch Ipsen, S. 29; Fleiner, S. 195.

52)Bay. VGH VRspr. 4, 144; VGH Stuttg. ESVGH 3, 139; VGH Karlsruhe DVBl.

nanfechtbarkeit. Die Unwiderruflichkeit ist nach dieser Auffassung eine den gerichtchen Entscheidungen neben der formellen Rechtskraft zukommende Eigenschaft.

Wird dem Begriff der formellen Rechtskraft diese letztere Bedeutung beigelegt, bestehen keine Bedenken, VAe als formell rechtskräftig zu bezeichnen, wenn e seitens des betroffenen Bürgers nicht mehr mit Widerspruch oder Klage angechten werden können. Allgemein wird der Begriff der formellen Rechtskraft bei Aen auch gleichbedeutend mit Unanfechtbarkeit gebraucht. Im Hinblick auf die rgestellte Meinungsverschiedenheit würde es freilich der Klarheit dienen, hier nfach von Unanfechtbarkeit zu sprechen und auf den Terminus formelle Rechtsaft zu verzichten.

Der Streit über die begriffliche Abgrenzung der formellen Rechtskraft bedarf n Rahmen unserer Erörterungen keiner Entscheidung. Er ist als solcher aber insorn von Bedeutung, als er zeigt, daß die Frage der Widerrufbarkeit richterlicher ntscheidungen jedenfalls nicht im Rahmen der materiellen Rechtskraft, sondern lgemein schon im Zusammenhang mit der formellen Rechtskraft erörtert wird.

Die Unwiderruflichkeit gerichtlicher Entscheidungen ist - gleichgültig, ob man e begrifflich der formellen Rechtskraft zuordnet oder von ihr trennt - jedenfalls ne Eigenschaft, die gewissen Entscheidungen ohne Rücksicht auf ihren Inhalt kraft erfahrensrechtlicher Bestimmungen zukommt. Bötticher[53] spricht hier om Bestandsschutz kraft Verfahrensrechts. So ist das Gericht gemäß § 318 ZPO n seine End- und Zwischenurteile schon vom Zeitpunkt des Erlasses an gebunden, . h. es darf sie weder aufheben noch ändern. Entsprechendes gilt für einzelne Arn von Beschlüssen[54], insbesondere solche, die der sofortigen Beschwerde unteregen[55]. Für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird von der herrschenen Lehre entgegen § 18 FGG angenommen, daß Beschlüsse dann nicht mehr aufehoben oder abgeändert werden dürfen, wenn gegen sie Rechtsmittel nicht mehr ulässig, sie also unanfechtbar geworden sind[56].

Es scheint nun zunächst so, als ob diese Unwiderruflichkeit gerichtlicher Entcheidungen in der Tat der Bindung der Behörde an ihre VAe entsprechen würde id sich hier Parallelen zur Rücknahmelehre ziehen ließen. Eine genauere Betrach-

---

58, 292; etwas differenzierter VG Stuttg. DÖV 49, 179.

3) JZ 56, 585.

4) Vgl. Baumbach - Lauterbach, ZPO, § 329 Anmerkung 3; allgemein Bindung an unanfechtbare Beschlüsse: Wieczorek, ZPO, § 318 Anmerkung C I.

5) Vgl. § 577 III ZPO.

6) Vgl. Baur, Freiwill. Gbk, § 23 C I; Lent, S.61; siehe Fußnote 50 S. 48.

tung wird aber zeigen, daß zwischen dem verfahrensrechtlichen Bestandsschutz gerichtlicher Entscheidungen und der Rücknahmefrage doch wesentliche Unterschiede bestehen. Bevor wir jedoch hierauf näher eingehen, soll zunächst noch die materielle Rechtskraft in die Betrachtung mit einbezogen werden.

3. Materielle Rechtskraft

Nach dem Vorausgegangenen muß es eigentlich etwas erstaunen, daß das Problem der Rücknahme von VAen so häufig in Zusammenhang mit der Frage gebracht wird, ob VAe materiell rechtskräftig werden. Wie insbesondere Böttichers und Ipsen[58] nachgewiesen haben, beruht dies zumindest in der älteren Literatur auf einer Verkennung des Begriffs der materiellen Rechtskraft. Während man unter formeller Rechtskraft die Unanfechtbarkeit eines VAs verstand, wurde er als materiell rechtskräftig dann bezeichnet, wenn zu der Unanfechtbarkeit noch die Unwiderruflichkeit hinzukam. Die Gleichsetzung von Unabänderlichkeit und materieller Rechtskraft ist auch heute noch teilweise anzutreffen[59]. Sie wird jedoch der Bedeutung und dem Wesen des Instituts der materiellen Rechtskraft nicht gerecht.

Es kann hier nun freilich nicht die Lehre von der materiellen Rechtskraft in voller Breite dargelegt werden, zumal auch im Prozeßrecht in dieser Hinsicht noch vieles ungeklärt ist. Von den zahlreichen Theorien über das Wesen der materiellen Rechtskraft seien nur die zwei wichtigsten angedeutet: Nach der sachlich-rechtlichen Theorie gestaltet das Urteil die Rechtsbeziehungen der Parteien; das richtige Urteil bestätigt das subjektive Recht, das falsche vernichtet es. Demgegenüber wirkt das Urteil nach der prozeßrechtlichen Theorie rein prozessual[60]. Diese Auffassung dürfte als vorherrschend zu bezeichnen sein, sie wird vor allem auch im verwaltungsrechtlichen Schrifttum vertreten[61].

Unabhängig von diesem Theorienstreit kann aber jedenfalls gesagt werden, daß die Unwiderruflichkeit der Entscheidung durch die erlassende Stelle nicht das Wesen der materiellen Rechtskraft ausmacht. Ihre Bedeutung liegt vielmehr darin, daß die Gerichte in einem späteren Prozeß über dieselbe Sache an den Inhalt der ersten Entscheidung gebunden sind[62]. Ihre Funktion ist es nicht, die

---

57) Kritische Beiträge, S. 66 ff und JZ 56, 582 ff.

58) Widerruf, S. 28 ff.

59) Vgl. Nebinger, S. 215; Dernedde, DVBl. 50, 543; BVerwGE 2, 31; 4, 233; DÖV 58, 178; BVerwGE 6, 1 = NJW 58, 154; LSG Celle DVBl. 58, 763. Vgl. demgegenüber etwa OVG Hamburg DVBl. 59, 147 (148), das die Unabänderlichkeit unter dem Gesichtspunkt des § 318 ZPO behandelt und von dem "irrigen Schlagwort 'Rechtskraft'" spricht.

60) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Einf. §§ 322 ff. Anmerkung 1 B.

61) Vgl. Hangartner, S. 52. 62) Vgl. etwa Baumbach-Lauterbach, a. a. O.

ufhebung, d.h. Rückgängigmachung der Entscheidung durch den erlassenden
ichter zu verhindern, es handelt sich vielmehr um das Verbot der Ignorierung
es Ergebnisses früherer staatlicher Tätigkeit im Interesse der Prozeßökonomie
nd der Verhütung widersprechender Entscheidungen[63]. Auch die materielle
echtskraft bewirkt nun zwar eine "Bindung". Es steht aber nicht - wie bei der Un-
iderruflichkeit - die Bindung der erlassenden Stelle an ihre eigene Ent-
cheidung, sondern die Bindung aller an den Inhalt der Entscheidung,
lso an das Entschiedene selbst in Frage. Auf diese Doppeldeutigkeit des Begriffs
er "Bindung"[64] ist, - wie Bötticher nachweist[65] - die Verwechslung von Un-
iderruflichkeit und materieller Rechtskraft nicht zuletzt zurückzuführen. Beide
edeutungen, Gewährleistung der eben erlassenen Entscheidung in ihrem gel-
ungsmäßigen Bestand einerseits und Ausschluß einer widersprechenden Entschei-
ung in einem späteren Verfahren andererseits[66] sind aber streng zu trennen.
ur letztere ist Ausfluß der materiellen Rechtskraft.

Es ist allerdings richtig, daß eine materielle Rechtskraft kaum denkbar ist, so-
ange die Entscheidung von der erlassenden Stelle noch aufgehoben oder abgeän-
ert werden könnte, solange sie also frei widerruflich wäre. Wenn schon das Ge-
icht selbst nicht an seine Entscheidung gebunden ist, kommt eine Maßgeblich-
eit in anderen Verfahren nicht in Betracht[67]. Die Unwiderruflichkeit, ja die Un-
bänderlichkeit überhaupt ist daher Voraussetzung der materiellen Rechts-
raft[68]. Erst, wenn eine endgültige, d.h. unabänderbare Entscheidung ergangen
nd damit das erste Verfahren abgeschlossen ist, stellt sich die Frage, ob in späte-
en Verfahren der Inhalt der Entscheidung zu beachten ist. Aus der Abänderbarkeit
ines Akts kann also zwar geschlossen werden, daß er der materiellen Rechtskraft
icht fähig ist[69], es ist aber methodisch nicht möglich, ihn zunächst daraufhin
u untersuchen, ob er materiell rechtskräftig werden kann, um daraus auf seine
nwiderruflichkeit zu schließen[70].

---

3) Bötticher, JZ 56, 586.
4) Vgl. auch Ipsen, S.30.
5) Krit. Beiträge S.72 ff; ebenso Rosenberg, § 146 I 2.
6) Bötticher, Krit. Beiträge, S.76; s. auch Jesch, Bindung, S.70; Bettermann, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S.383; VVdStRL 17, 129 ff.
7) Lent, Freiw. Gerichtsbarkeit, S.65.
8) Rosenberg, § 146 I 3, Baumbach-Lauterbach, ZPO, Einf. §§ 322 ff Anmerkung 1 B; Wolff, S.285 f, der aber neben der materiellen Rechtskraft in diesem Sinne eine "materielle Bestandskraft" unterscheidet. Diese stellt zwar - wie die materielle Rechtskraft - eine Bindung an den Inhalt der Entscheidung dar, hindert aber eine Änderung der getroffenen Entscheidung ex nunc nicht.
9) Vgl. Lent a.a.O.
0) So aber Jesch, Bindung, S.70, der zunächst zutreffend feststellt, die materielle Rechtskraft setze die formelle und mit ihr die Unabänderlichkeit der Entschei-

Umgekehrt kann aber ein gerichtlicher Akt kraft verfahrensrechtlicher Bestim mung unwiderruflich sein, ohne daß ihm zugleich materielle Rechtskraft zukäme Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Richter gem. § 318 ZPO schon von Zeitpunkt des Erlasses an an seine End- und Zwischenurteile gebunden ist, während die materielle Rechtskraft meist erst später, wenn nämlich die Entscheidung auch unanfechtbar geworden ist, eintritt. Zwischenurteile sind überdies regelmäßig der materiellen Rechtskraft überhaupt nicht fähig[71], wohl aber gemäß § 318 ZPO unwiderruflich. Die Bindung des Richters an seine Entscheidung kann schon diesem Grunde keine spezifische Wirkung der materiellen Rechtskraft darstellen.

4. Abgrenzung der Rücknahme- von der Rechtskraftfrage und vom Bestandsschutz kraft Verfahrensrechts

Sowohl materielle Rechtskraft wie auch der im Zusammenhang mit der formellen Rechtskraft erörterte Bestandsschutz kraft Verfahrensrechts sind nun ihrerseits wieder von der Rücknahme- und Widerrufsfrage zu trennen.

Was zunächst die materielle Rechtskraft anbelangt, so könnte man, da diese widersprechende Entscheidungen in späteren Verfahren ausschließen soll, nur insofern anzunehmen versucht sein, es sei damit auch das Rücknahmeproblem angesprochen, als die Rücknahme von VAen ja nicht unbedingt durch förmliche Aufhebung zu erfolgen braucht. Sie kann vielmehr gerade auch dadurch geschehen, daß ein späterer, inhaltlich divergierender Akt den früheren überlagert und diesen so ex nunc abändert[72].

Aber auch ein Verbot dieser sogenannten "materiellen Rücknahme"[73] läßt sich regelmäßig nicht mit der materiellen Rechtskraft des VAs begründen. Der Ausschluß späterer widersprechender Akte würde nur dann der materiellen Rechtskraftwirkung entsprechen, wenn es sich um die Bindung in "späteren Verfahren" handelte würde[74]. Beim VA ist aber nicht schon immer dann ein neues Verfahren gegeben wenn sich die Behörde ein zweites Mal mit der Materie befaßt[75]. Die klare Abgrenzung mehrerer Verfahren setzt eben gerade schon voraus, daß der ergehende

---

dung voraus, dann aber meint, die vielleicht im übrigen gegebene Unwiderruflichkeit sei jedenfalls dann zu verneinen, wenn man der Entscheidung materielle Rechtskraft zuerkenne.

71) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 322 Anm. 1 B.

72) Nach Wolff, S. 286 soll die "materielle Bestandskraft" eines VAs zwar nicht die Beseitigung ex nunc hindern, wohl aber soll die Behörde die von ihr geschaffene Rechtslage nicht stillschweigend verleugnen dürfen.

73) Vgl. S. 8.

74) Vgl. RGZ 112, 50 und 122, 94, wo es in der Tat um die materielle Rechtskraftwirkung von VAen ging.

75) Vgl. BVerwG VRspr. 12, 942 (943) = BVerwGE 10, 12 (15).

kt in einem gewissen Zeitpunkt endgültig, d.h. unabänderlich wird. Überdies hließt die materielle Rechtskraft spätere widersprechende Entscheidungen chlechthin aus, während eine für den Adressaten günstige Abänderung des rüheren VAs ohne weiteres zulässig ist[76].

Näher liegt es, die Rücknahmefrage in Zusammenhang mit der Bindung des ichters an seine eigenen Entscheidungen (§ 318 ZPO) zu bringen. Aber auch er ergeben sich wesentliche Unterschiede. So macht die bestimmten gerichtlihen Akten zukommende Unwiderruflichkeit in gleicher Weise wie die materielle echtskraft keinen Unterschied zwischen begünstigenden und belastenden Akten, ann es der Natur der Sache nach regelmäßig auch gar nicht, da beim Zweiparienprozeß eine Belastung der einen die Begünstigung der anderen Partei mit ch bringt. Die Unwiderruflichkeit gerichtlicher Entscheidungen tritt ohne Rückcht auf den Inhalt und die Wirkungen der betreffenden Entscheidung ein, sie ist llein von formellen, verfahrensrechtlichen Voraussetzungen abhängig. Sie ist benso wie die materielle Rechtskraft ein Institut des Prozeßrechts.

Darin liegt auch der inhaltliche Unterschied zur Bestandskraft von VAen, die er Rücknahme entgegenstehen könnte. Bei der Rücknahme eines begünstigenden As geht es - anders als beim Bestandsschutz kraft Verfahrensrechts - nicht oder och jedenfalls nicht in erster Linie darum, einen unter Beachtung bestimmter verhrensrechtlicher Regeln zustande gekommenen Akt in seinem geltungsmäßigen estand aus Rechtssicherheitsgründen zu gewährleisten, sondern um die Frage, ob ie durch den VA erzeugten Rechtswirkungen eine Änderung vertragen[77]. Das uf dem begünstigenden VA beruhende subjektive Recht oder die Rechtsposition, ie der Begünstigte erlangt hat, können der Rücknahme entgegenstehen und so die ehörde an ihren VA binden. Hierbei handelt es sich aber nicht, wie bei der Binung in § 318 ZPO oder der durch die materielle Rechtskraft bewirkten Bindung m eine verfahrensrechtliche, sondern um eine solche kraft materiellen Rechts. öttticher[78] spricht hier zutreffend von der Unabänderlichkeit kraft materiellen echts. Die materiellrechtliche Frage der Rücknehmbarkeit begünstigender VAe t demnach von dem verfahrensrechtlichen Problem der Rechtskraft und des Beandsschutzes kraft Verfahrensrechts zu trennen[79].

Nun würde freilich die Rücknahme von VAen schlechthin ausgeschlossen sein, oweit man etwa entsprechend § 318 ZPO einen verfahrensrechtlichen Bestandshutz für VAe annehmen wollte. Da dieser auch bei gerichtlichen Akten keines-

---

6) Vgl. Hangartner, S. 60 f.
77) Vgl. Hangartner, S. 61.
8) JZ 56, 585.
9) So schon Tezner, Verw. Arch. 9 (1901), S. 217. Vgl. auch Bettermann, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 383; VVdStRL 17, S. 129 f.

wegs generell, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen besteht, kann er a
hinsichtlich der VAe höchstens bei besonders gearteten VAen in Frage kommen.
Es wird im Zusammenhang mit den Besonderheiten einzelner VA-Gruppen zu er-
örtern sein, ob Fälle denkbar sind, in denen die materiellrechtliche Unabänder-
barkeit begünstigender VAe in einen verfahrensrechtlichen Bestandsschutz schlec
hin umschlägt.

4. Kapitel
Grundgesetz und Rücknahme begünstigender VAe

GRUNDSATZ DER GESETZMÄSSIGKEIT DER VERWALTUNG

1. Fragestellung

Es gibt heute kaum eine Rechtsfrage von einiger Bedeutung, bei der nicht irgend einer Weise Verfassungsprobleme hereinspielen. Das gilt naturgemäß besonderem Maße für Probleme des Verwaltungsrechts. So wird auch die Dis-ussion um die Rücknahme begünstigender VAe mehr und mehr unter verfas-ngsrechtlichen Aspekten geführt. Vornehmlich sind es die Grundsätze der echtsstaatlichkeit und der Gesetzmäßigkeit der Verwal-ung, die in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt werden. Es ist bemer-enswert, wie verschiedenartige Folgerungen aus diesen Grundsätzen gerade für e Rücknahmefrage gezogen werden. Zwei aus der Vielzahl der Stimmen heraus-egriffene Äußerungen mögen zunächst die Standpunkte bezeichnen, die dabei ngenommen werden.

Forsthoff, wohl der markanteste Verfechter der Meinung, fehlerhafte VAe dürf-n und müßten in jedem Fall zurückgenommen werden[1], sieht in der Tendenz, e Rücknehmbarkeit einzuschränken, eine "Aufweichung des Rechtsstaats"[2]. Er eint, der Rechtsstaat gebe sich in Wahrheit selbst auf, wenn er nicht daran sthalte, daß die Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit seines Handelns den Vor-ng vor allen sonstigen Erwägungen haben müsse, wenn er insbesondere zugebe, aß es einen Vertrauensschutz contra legem gebe [3].

Auf der anderen Seite kommt beispielsweise das LSG Bremen in einer Entschei-ung, der bezeichnenderweise eine "extrem rechtsstaatliche Tendenz" nachge-gt wird[4], gerade aus rechts- und sozialstaatlichen Erwägungen zu einem Aus-hluß der Rücknehmbarkeit im entschiedenen Fall selbst dann, wenn diese für as betreffende Rechtsgebiet kraft positivrechtlicher Vorschrift ausdrücklich zuge-ssen ist[5]. Vor allem der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird wohl als Argument für wie auch gegen die Zulässigkeit der Rücknahme in An-ruch genommen[6].

Lehrb. S. 239 und DÖV 59, 41.
Vorwort zur 7. Aufl. und S. 240. 3) a.a.O., S. 240 4) Schultz, MDR 57, 399.
Urt. v. 20.2.57 BB 57, 543. Das Gericht verneinte die Zulässigkeit der Rücknahme, obwohl im betr. Fall die Voraussetzungen des § 41 VwVerfG vorlagen.
Vgl. die Nachweise auf S. 61 ff.

Die Punkte, die im einzelnen Anlaß zu diesen Meinungsverschiedenheiten ge-
ben, seien an Hand eines praktischen Beispiels verdeutlicht:

Eine in der Sowjetzone lebende Beamtenwitwe übersiedelte auf Grund eines von der zuständigen Behörde erteilten Bescheides, durch den ihr Versorgungsleistungen nach dem Gesetz zu Art. 131 GG zugesprochen wurden, nach Westberlin. Nachdem ihr das festgesetzte Witwengeld 1 1/2 Jahre lang gewährt worden war, nahm die Behörde den Festsetzungsbescheid als von Anfang an fehlerhaft zurück. Ein Versorgungsanspruch habe der Witwe nicht zugestanden, da sie unter anderer die Stichtagsvoraussetzung nicht erfülle[7].

Bei Prüfung der Zulässigkeit dieser Rücknahme unter Rechtsstaats- und Gesetzmäßigkeitsgesichtspunkten stellt sich zunächst die Frage, ob das Gesetzmäßigkeitsprinzip der Gewährung der Versorgungsleistung hier überhaupt entgegenstand. Erkennt man nämlich dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung - wie das teilweise geschieht - lediglich eine Schutzfunktion zugunsten des Bürgers zu, so würde es für die Gewährung einer nicht dem Gesetz entsprechenden Begünstigung keine Geltung besitzen. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ließe sich dann nicht heranziehen, um die Rücknahme des Bescheides zu rechtfertigen.

Faßt man den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aber dahingehend auf, daß er auch nicht dem Gesetz entsprechende Begünstigungen verbieten will, also der Erlaß des fehlerhaften Versorgungsbescheids gegen den Grundsatz verstößt, so ist weiter zu fragen, welche Konsequenzen sich daraus für den dennoch ergangenen und wirksam gewordenen Versorgungsbescheid ergeben. Es ist keineswegs selbstverständlich, daß die Bindung der Behörde an das Gesetz auch das Recht (und die Pflicht) einschließt, den "gesetzmäßigen Zustand" durch Rücknahme des Bescheides wieder herzustellen.

Wäre auch diese Frage zu bejahen, so bleibt weiter noch offen, ob die Bindung der Behörde an das ursprüngliche außer acht gelassene Gesetz, das die Voraussetzungen der Gewährung von Versorgungsleistungen regelt, absolut und ausschließlich maßgebend ist oder ob nicht jetzt, nachdem der Bescheid 1 1/2 Jahre Bestand gehabt und zu einer erheblichen Veränderung der Lebensführung der Witwe geführt hat, noch andere Rechtsgrundsätze zu beachten sind, die ihrerseits eine Rücknahme des Bescheides ausschließen können.

Die damit angedeuteten Probleme sollen im folgenden Gegenstand der Erörterungen sein.

---

7) Der Entscheidung des OVG Berlin, ES Bd. 5, S.1 ff = DVBl. 57, 503 ff und des BVerwG NJW 60, 692 ff - BVerwGE 9, 251 ff lag etwa dieser Sachverhalt zugrunde.

2. Gesetzmäßigkeitsprinzip und Erlaß begünstigender VAe

Nach Art. 20 Absatz 3 GG sind sowohl die vollziehende Gewalt als auch die echtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Damit ist im wesentlichen das mschrieben, was allgemein als Gesetzmäßigkeitsprinzip bezeichnet wird. Soweit es sich um die Bindung der vollziehenden Gewalt handelt, hat sich der Ausruck "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" eingebürgert. Dieser Grundsatz, der ine der wesentlichsten Komponenten der Rechtsstaatlichkeit darstellt[8], ist in er Rücknahmelehre zu einem Angelpunkt der Erörterungen geworden. Dabei ird seine Bedeutung hinsichtlich der begünstigenden VAe teilweise noch verannt. Immer wieder finden sich Stimmen, die erklären, der Grundsatz der Getzmäßigkeit der Verwaltung sei im wesentlichen nur eine Schutzvorschrift, ach der Eingriffe in die Rechtssphäre des Bürgers einer gesetzlichen Grundage bedürften[9], es bedeute aber keinen Verstoß gegen diesen, wenn ein begüntigender VA ohne gesetzliche Ermächtigung erlassen werde. Es lasse sich daher uch nicht die Rücknahme eines begünstigenden VAs auf das Gesetzmäßigkeitsrinzip abstützen.

Diese Argumentation ist unzutreffend und liegt außerdem auch weitgehend ieben der Sache.

Um dies zu verdeutlichen, ist es notwendig, sich über den Inhalt des Begriffs Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" Klarheit zu verschaffen. Dabei sind zwei Komponenten, nämlich der sogenannte Vorbehalt des Gesetzes und der Vorrang es Gesetzes zu unterscheiden[10]. Unter ersterem versteht man, daß sich gewisse, nterhalb dem Gesetz stehende Staatsakte bestimmten Inhalts unmittelbar auf die Verfassung oder auf ein Gesetz im formellen Sinne zurückführen lassen müssen; .h. sie sind nur rechtmäßig, wenn sie auf Grund eines Gesetzes ergehen[11].

---

8) Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 124; v. Mangoldt-Klein, Art. 20, Anm. IV 2 und VI 2; Hamann, Einf. I D 1 (S. 25); Imboden, Gesetz, S. 8; Maunz, Staatsrecht, S. 57/58; Ule, Veröff. d. Hochschule Speyer, S. 140, 154; Friesenhahn, RStW II, S. 248; so auch schon Thoma, JÖR IV, S. 167.

9) Schäfer, S. 32 f; vgl. auch Erning DVBl. 60, 190; OVG Berlin DVBl. 57, 503 = ES Bd. 5, S. 1.

10) "Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" soll hier mit Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 127 und Wolff, S. 35 als Oberbegriff zu "Vorrang" und "Vorbehalt des Gesetzes" aufgefaßt werden. Anders rechnen Forsthoff, S. 117; Peters, S. 71 und Nebinger, S. 82 nur den Vorrang des Gesetzes unter den Begriff der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung". Nach Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 190 ist auch nur dieser in Art. 20 III GG geregelt.

11) Vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 30; Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 124.

Der Vorrang des Gesetzes bedeutet, daß ein Gesetz nur durch ein neues förmliches Gesetz, nicht aber durch Akte der Exekutive abgeändert, aufgehoben oder durchbrochen werden kann[12]. Ein erheblicher Teil der Unklarheiten im Schrifttum über die Bedeutung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes für die Rücknahme begünstigender VAe lassen sich auf die mangelnde Unterscheidung von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes[12a], teilweise wohl auch auf den unterschiedlichen Gebrauch des Begriffs der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung[13] zurückführen.

Was zunächst den Vorrang des Gesetzes betrifft, so kann nicht zweifelhaft sein, daß dieser für jede Äußerung der Staatsgewalt gilt[14]. In keinem Fall darf sich die Verwaltung, mag sie nun als Eingriffs- oder Leistungsverwaltung tätig werden, über gesetzliche Vorschriften hinwegsetzen[15]. Zwar ist zuzugeben, daß die Bindung der Verwaltung an das Gesetz ihre hervorragende Bedeutung auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung gehabt hat und wohl auch heute noch hat. Eine ausschließliche Bindung im Eingriffsbereich wird aber - ganz abgesehen von dogmatischen Bedenken - der heutigen Bedeutung der Leistungsverwaltung nicht mehr gerecht. Insoweit kann jedenfalls von einer bloßen Schutzvorschrift nicht die Rede sein.

Demgegenüber wurde der Vorbehalt des Gesetzes allerdings in früherer Zeit auf die Eingriffsverwaltung beschränkt. Anknüpfungspunkt war die Garantie der individuellen Freiheit und des persönlichen Eigentums[16]. Die bekannte Formel: "Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers bedürfen der gesetzlichen Ermächtigung" umschrieb den Inhalt des Gesetzesvorbehalts[17]. Auch heute noch wird der Vorbehalt des Gesetzes weitgehend so aufgefaßt[18]. Erst mit der wachsenden Bedeutung der Leistungsverwaltung, die nicht in Freiheit und Eigentum eingreift, sondern vielmehr gewährend tätig wird, taucht die Frage auf, ob die Ver-

---

12) Vgl. Wolff, S. 35; Jellinek, S. 121; Jesch, a. a. O., S. 29 mit weiteren Nachweis

12a) Vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 189, 191.

13) Vgl. Fußnote 10, S. 57.

14) Vgl. Ule, Staats- und verwaltungsrechtl. Beiträge, Hochschule Speyer, 1957, S. 156; Mallmann, VVDStRL 19, S. 173; Jesch, a. a. O., S. 174.

15) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 129.

16) Vgl. Imboden: Gesetz als Garantie rechtsstaatl. Verwaltung 1954, S. 19/20; zur historischen Entwicklung des "Eingriffsvorbehalts" siehe vor allem Jesch, a. a. O., S. 102 - 170.

17) Jellinek, S. 121, so auch schon Otto Mayer, Bd. I, 3. Aufl. S. 70. In dieser Form g das Gesetzmäßigkeitsprinzip schon auf Montesquieu (De l'Esprit des lois 11. Buch, Kap. IV) und das ALR (§ 85 Einleitung) zurück.

18) Vgl. Peters, S. 71; Bender, S. 27; Helfritz, S. 19; Nebinger, S. 148; Forsthoff, S. 31 u. 114; Friesenhahn, RStW II, S. 250.

ltung auch auf diesem Gebiet der gesetzlichen Ermächtigung bedarf[18a]. Wähd die Rechtsprechung noch dazu neigt, für Leistungsgewährungen nicht unter en Umständen eine gesetzliche Grundlage zu verlangen[19], mehren sich im hrifttum die Stimmen, die auch begünstigende VAe grundsätzlich dem Vorbelt des Gesetzes unterstellen wollen[20]. Die Frage, die auch Gegenstand der Ererung auf der Staatsrechtslehrertagung 1960 war[21], kann im Rahmen der vorgenden Arbeit nicht auch nur annähernd erschöpfend behandelt werden. Die twort hängt, wie Herbert Krüger[22] feststellt, letztlich von dem Grundvrndnis ab, das man sich von dem Sein des Staates und seiner Tätigkeit zu bin hat. Man wird heute jedenfalls grundsätzlich davon auszugehen haben, daß r Staat auch für die Gewährung von Begünstigungen der gesetzlichen Ermächting bedarf. Dies insbesondere dann, wenn die Begünstigung eines Bürgers mitbar oder unmittelbar eine Benachteiligung anderer zur Folge hat[23]. Bei rein günstigenden VAen, die keinerlei negative Auswirkungen auf Dritte haben, nnte den von Menger[24] und Haueisen[25] hervorgehobenen Gedanken gefolgt rden, wonach zwar in besonderen Fällen auf eine spezialgesetzliche Grundla zu verzichten ist, immerhin aber wenigstens eine Stütze in allgemeinen Vorhriften, vor allem den Vorschriften des GG vorhanden sein muß. Zwar ist es lgemein richtig, daß die öffentliche Hand nichts "verschenken" darf[26], doch nn andererseits auch nicht für jede geringe Zuwendung eine besondere gesetzche Ermächtigung gefordert werden[27]. Eine im allgemeinen ausreichende hranke gegen zu großzügige "Geschenke" dürfte schon der Vorrang des Gesetzes lden, der ja unterschiedslos für alle Staatshandlungen gilt[28].

---

a) Vgl. Jesch, a.a.O., S.176 ff.

) Vgl. BVerwGE 6, 287; DVBl. 59, 573 ff, BVerfGE 8, 155 ff (166 f); VG Frankf. DVBl. 61, 52 (53).

) Vgl. hierzu vor allem Jesch, a.a.O., S.171 ff, 204 ff; außerdem Krüger, DVBl. 55, 451; Bachof, VVDStRL 12, S.56 f u.63; ders. JZ 56, 36; Hamann, GG, Einf. I D 1 c; Dickmann, DÖV 57, 278 (283); Schütz, DÖV 58, 449; Köttgen, DVBl. 53, 485 ff; Ipsen: Öff. Subventionierung Privater, 1956, S. 15, 20, 33. Für das Schweizer Recht siehe Imboden: Gesetz als Garantie rechtsstaatl. Verwaltung, 1954, S.41 f und Saladin, Widerruf, S.108 ff.

) Vgl. VVDStRL 19, S.165 ff vgl. insbes. Mallmann, S.175 ff mit Nachweisen.

2) DVBl. 55, 451.

3) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 133-135, BVerwGE 6, 282 ff (288).

4) Verw. Arch. 51, 154 u. DVBl. 60, 297 (301 f). 25) NJW 60, 1882.

5) Vgl. Köttgen, DVBl. 53, 485 ff, Dickmann, DÖV 57, 283.

7) Vgl. das Beispiel bei Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 136: Weihnachtszuwendungen der Gemeinde an Bedürftige.

8) Vgl. VG Frankf. DVBl. 61, 52 (53).

Welche Folgerungen ergeben sich nun hieraus für das Rücknahmeproblem ? Wir waren von der Frage ausgegangen, ob die Gewährung einer Begünstigung üb haupt einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar stellen könne. Für die Beantwortung dieser Frage, die im Grunde eine Frage na der Rechtswidrigkeit eines begünstigenden VAs ist[29], lassen sich verschiedene Sachverhalte unterscheiden.

Praktisch am bedeutsamsten sind die Fälle, in denen durch Gesetz die Voraus setzungen im einzelnen geregelt sind, unter denen die Behörde eine Vergünsti- gung bestimmten Umfangs gewähren kann oder muß. Derartige ganz oder teilw se abschließende Regelungen der Voraussetzungen enthalten zugleich nach der r gativen Seite hin das Verbot, unter anderen als den vorgeschriebenen Vorausset gen die Vergünstigung zu gewähren[30]. Erläßt die Behörde einen begünstigende VA, ohne daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen er nach dem Gesetz (nur) ergehen darf, so hat sie damit gegen das in der gesetzlichen Regelung im- plicite enthaltene Verbot verstoßen[31], also eine Begünstigung contra legem, n nur extra legem vel mandatum gewährt[32]. Es handelt sich, worauf Ule[33] mit Recht hinweist, in diesen Fällen also um den Vorrang und nicht um den Vorbeha des Gesetzes. Der Vorrang des Gesetzes gilt aber in gleicher Weise für belastend wie für begünstigende VAe[34].

Darüber hinaus kann der Vorrang des Gesetzes aber auch dort eingreifen, wo eine abschließende positivrechtliche Durchnormierung nicht gegeben ist. Ge- setzliche Schranken können sich hier nämlich aus allgemeinen Rechtsgrundsätze insbesondere dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) ergeben. Es kann schon nach dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG kein Zweifel bestehen, daß auch eine sach- lich nicht gerechtfertigte Bevorzugung einzelner Bürger eine Verletzung des Gle heitsgrundsatzes darstellt. Dieser wirkt sich damit nicht nur zugunsten, sondern ebenso zuungunsten des Bürgers aus[35]. Er gilt auch im Bereich der begünstigend VAe[36]. Durch gleichförmige Ermessensbetätigung in bestimmtem Sinne oder dauernde Befolgung von Verwaltungsvorschriften kann auch im nicht spezialge-

---

29) Vgl. S. 22 f.

30) Vgl. OVG Berlin ES Bd. 5, S. 1 = DVBl. 57, 503; zutreffend auch Hess. VGH ESVGH 8, 219 = VRspr. 11, 803 ff (807).

31) Vgl. auch VG Frankf. a. a. O., S. 54. 32) Vgl. Dickmann, DÖV 57, 282.

33) DVBl. 56, 27; s. auch Jesch a. a. O., S. 190.

34) Sehr anfechtbar daher OVG Lüneburg DVBl. 56, 24 (25), wenn es sagt: "Do wo die öffentl. Hand fürsorgerische Leistungen gewährt, ist es kein Rechtsver stoß, wenn die Behörde über das zwingend (!) Vorgeschriebene hinaus aus i Einzelfall anerkennenswerten außerrechtl. Erwägungen etwas bewilligt oder davon absieht, einschränkende Bestimmungen überhaupt oder voll anzuwen- den." (Vgl. d. Kritik v. Ule, DVBl. 56, , S. 26 f.)

35) Vgl. Bachof, JZ 56, 35; Piechulek, JR 57, 251 36) Friesenhahn, RStW II, S. 2

tzlich geregelten Bereich eine Selbstbindung der Verwaltung eintreten. Die Abeichung von der bisherigen Übung in gleichliegenden Fällen kann unter diesen oraussetzungen auch dann, wenn sie zugunsten Einzelner erfolgt, als Verstoß gegen Art. 3 GG unzulässig sein[37]. Auch insoweit steht nicht der Vorbelt, sondern der Vorrang des Gesetzes in Frage.

Vergegenwärtigt man sich unter diesem Blickwinkel die praktisch wichtigen icknahmesachverhalte, so wird deutlich, daß im Rahmen des Rücknahmerechts r Vorrang des Gesetzes durchaus im Vordergrund steht. Fälle, in denen ein benstigender VA nur aus dem Grunde zurückgenommen werden soll, weil er ne gesetzliche Ermächtigung erging, ohne daß zugleich ein Verstoß gegen poivrechtliche Normen vorliegt, sind in der Praxis von nicht allzugroßer Bedeung. Nur bei ihnen können aber allenfalls Zweifel entstehen, ob der Mangel der setzlichen Ermächtigung allein zur Rechtswidrigkeit des VAs führt und eine Vertzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips vorliegt.

Auch in dem vorgenannten Beispielsfall ist deshalb der Witwe die Versorgungsistung nicht lediglich "ohne gesetzliche Grundlage", sondern im Widerspruch t bestehenden gesetzlichen Regelungen gewährt worden. Da es sich auch nst bei den allermeisten Rücknahmefällen nicht bloß um das Fehlen einer Erächtigungsgrundlage handelt, vielmehr die Einhaltung vorhandener Getze in Frage steht, können schon aus diesem Grunde die Bedenken, die aus dem undsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gegen eine Einschränkung der icknehmbarkeit hergeleitet werden, jedenfalls nicht mit dem Hinweis auf den hutzcharakter dieses Verfassungsgrundsatzes ausgeräumt werden.

3. Grundsätzliche Bedeutung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die Rücknahme begünstigender VAe

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist für die Rücknahme selbst in zweifacher Hincht von Bedeutung.

a) Einmal ist zunächst die Frage zu beantworten, ob sie dem Vorbehalt s Gesetzes unterliegt. Da die Rücknahme eines begünstigenden VAs ein belastenr VA ist, sollte dies eigentlich nicht zweifelhaft sein. Überwiegend wird daher ch besonders hervorgehoben, daß der Rücknahmeakt einer gesetzlichen Grundla bedürfe[37a]. Diese Auffassung ist jedoch nicht unbestritten. Während Forsthoff,

---

7) Vgl. hierzu Forsthoff, S. 85 f.

7a) Erning, DVBl. 60, 192 f; Schäfer, S. 33; ähnlich Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42 Rdnr. 38: "Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt auch für den Widerruf." Grundsätzlich ebenso Saladin, S. 128.

wie oben dargestellt, schon bestreitet, daß die Rücknahme eines fehlerhaften VAs überhaupt eine selbständige Belastung enthalte[37b], greift Jesch[38] auf das Wesen des Eingriffsvorbehalts zurück. Dieser beruhe, so führt er aus, auf der Idee einer naturrechtlich vorgegebenen Individualsphäre, die nicht dadurch verletzt werden könne, daß eine Leistung zurückgenommen werde. Der ursprünglich vorhandene Rechtskreis werde dadurch nicht eingeengt. Soweit der Bereich von Freiheit und Eigentum durch staatliche Rechtsverleihungen erweitert werde, würden derartige Rechtspositionen nur dann durch den Vorbehalt geschützt, wenn sie nicht gegen den Willen des Gesetzgebers erworben worden seien.

Unabhängig von der Frage, ob sich der Begünstigte gegenüber der Rücknahme im Endergebnis mit Erfolg auf den Vorbehalt des Gesetzes berufen kann, ergeben sich Zweifel, ob wirklich jede Position, die mit dem Vorrang des Gesetzes kollidiert, von vornherein aus dem durch den Vorbehalt des Gesetzes geschützten Bereich ausgeklammert werden kann[38a]. Sieht man, wie dies vorliegend geschehen ist, die Rücknahme eines begünstigenden VAs als echten belastenden VA an, so würde dies bedeuten, daß es Belastungen gibt, die nicht dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen[39]. Selbst wenn man zugibt, daß die Rücknahme einer im Widerspruch zur Rechtsordnung erlangten Rechtsposition keine eigentliche Beschränkung des Freiheitsbereiches darstellen kann[39a], so dürfte daraus aber noch nicht ohne weiteres folgen, daß jede gesetzliche Grundlage entbehrlich ist. Das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG enthält die Gesetzmäßigkeit im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes als Minimalgehalt[40]. Eine Ermächtigungsgrundlage wird etwa im Polizeirecht seit jeher auch für Eingriffe gefordert, die den Störer lediglich in seine Schranken zurückweisen, die also die rechtlich vorgegebene Individualsphäre nicht antasten[40a]. Statt wegen des Verstoßes gegen das Vorrang

---

37b) S. 241.

38) Gesetz und Verwaltung, S. 193 f.

38a) So Jesch, a.a.O., S. 194.

39) So wohl Jesch, a.a.O., S. 194.

39a) Was schon nicht unbedenklich ist, denn mit Erlaß des begünstigenden, wenn auch fehlerhaften VAs hat der Begünstigte immerhin einmal die dem VA entsprechende Rechtsstellung erlangt; damit ist, wie auch Jesch, a.a.O., S. 195 zugibt, eben eine andere Rechtslage entstanden, die nunmehr selbständig zu bewerten ist.

40) Maunz-Dürig, Art. 2 I, Rdnr. 26.

40a) Insoweit braucht das materielle Polizeirecht zwar nicht den Voraussetzungen des Art. 19 I S. 2 GG entsprechen (Maunz-Dürig, Art. 2 I, Rdnr. 82), es macht gesetzliche Ermächtigungen aber nicht überflüssig. Zum Verhältnis von Polizei und Grundrechten vgl. allgemein Maunz-Dürig, Art. 2 I, Rdnr. 79 ff und Wacke, Allg. Polizeirecht, 7. Aufl., S. 127 ff, 202, 206.

inzip auf fehlerhaftem VA beruhende Rechtspositionen ganz vom Vorbehalts-
fordernis auszuschließen, sollte man daher besser prüfen, ob nicht gerade der
orrang des Gesetzes Rechtsgrund und Ermächtigungsgrundlage für die Rücknah-
e abgibt und somit das Vorbehaltserfordernis nicht beseitigt, sondern erfüllt
ird. Soweit das Vorrangprinzip die Rücknahme deckt, wäre es dem Begünstig-
n im Ergebnis allerdings verwehrt, sich auf den fehlerhaften VA und die auf
esem beruhende Rechtsposition zu berufen.

b) Damit erhebt sich die weitere Frage nach der Bedeutung des Vorrangs
es Gesetzes für die Rücknahme begünstigender VAe. Dieses Verfassungs-
inzip verweist die Behörde auf das formelle Gesetz als Schranke ihres Han-
elns. Sind gesetzliche Regelungen der Rücknehmbarkeit nicht vorhanden, viel-
ehr nur die Voraussetzungen für das Ergehen eines begünstigenden VAs normiert,
folgt aus dem Vorrangprinzip zwar, daß die Behörde die Gewährung der Be-
instigung verweigern darf und muß, indessen bleibt dem Wortlaut des Gesetzes
ach offen, wie sie sich gegenüber einem dennoch ergangenen fehlerhaften
A zu verhalten hat[41)]. Streng genommen besteht insoweit eine gesetzliche Re-
elung, an welche die Behörde gebunden sein könnte, gerade nicht.

Diese formale vordergründige Betrachtungsweise kann allerdings nicht ganz be-
iedigen. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beschränkt sich sei-
em Sinne nach nämlich nicht lediglich auf das an die Verwaltung gerichtete
ebot zur Gesetzesbeachtung, sondern soll darüber hinaus in umfassender Weise
e Durchsetzung des formellen Gesetzes sicherstellen. Aus dem Willen der Ver-
ssung, dem Gesetz Vorrang vor allen sonstigen staatlichen Willensäußerungen
inzuräumen, ist grundsätzlich auch zu folgern, daß diesem in jeder Lage, und
war unter Umständen auch noch nachträglich, Geltung zu verschaffen ist. Dem
irger muß daher auch im allgemeinen der rechtliche Schutz für gesetzwidrig er-
ngte Vorteile versagt werden. Dies bedeutet, daß derjenige, dem eine dem
esetz nach ungerechtfertigte Begünstigung gewährt wurde, sich gegenüber der
icknahme grundsätzlich nicht darauf berufen kann, für die Rücknahme fehle die
esetzliche Ermächtigung. Diese kann - mit noch zu erörternden Einschränkun-
en - im Vorrang des Gesetzes selbst und in der verletzten Norm gefunden wer-
en. Das Vorrangprinzip verbietet seinem Grundgedanken nach der Behörde nicht
ur, gesetzwidrige Zustände zu schaffen, sondern berechtigt und verpflichtet sie
leichzeitig auch, gleichwohl herbeigeführte Gesetzwidrigkeiten zu beseiti-
en[41a)].

---

1) In diesem Sinne dürfte die Äußerung Jeschs, a.a.O., S. 195 zu verstehen sein; das Vorrangprinzip besage nur, daß gesetzwidrige VAe nicht ergehen dürfen.

1a) Daraus folgt aber nicht, wie das OVG Koblenz DVBl. 61, 171 ff anzunehmen

So wird auch in der Literatur vielfach aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip das Recht und die Pflicht zur Anpassung fehlerhafter VAe an das Gesetz hergeleitet. Saladin[42] stellt ausdrücklich fest: "Gebot der Gesetzesanwendung bedeutet für die Verwaltungsbehörden nicht nur, daß sie bei ihrer Tätigkeit das Gesetz anzuwenden haben, sondern auch, daß sie, sofern sie nachträglich die Inkongruenz ihrer Akte mit den gesetzlichen Normen feststellen, diese Inkongruenz beheben, ihre Akte berichtigen, dem Gesetz zur Anwendung verhelfen [42a]."

Freilich finden sich auch vorsichtigere Formulierungen. So etwa bei Bernhard, nach dem aus der Bindung der Verwaltung an das Gesetz "an sich" deren Verpflichtung folgt, gesetzwidrige VAe zu beseitigen. Ähnlich einschränkend äußert sich der Hessische VGH[42c] wenn er sagt, die Verwaltung habe Schäden der Allgemeinheit nach Möglichkeit wieder zu beseitigen. Damit kommt ein Vorbehalt zum Ausdruck, der auch oben schon angedeutet wurde, der aber im folgenden noch näherer Präzisierung bedarf.

4. Unterschiedliche Bedeutung hinsichtlich Erlaß und Rücknahme eines fehlerhaften VAs

Wenn auch nach den bisherigen Darlegungen grundsätzlich davon auszugehen ist, daß sich die Bedeutung einer gesetzlichen Regelung nicht auf die erstmalige Beurteilung einer Sachlage bei Ergehen des begünstigenden VAs beschränkt, vielmehr der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch die nachträgliche Unterstellungeines VAs unter diese Regelung fordert, so darf doch nicht übersehen werden, daß Erlaß eines begünstigenden VAs und seine Rücknahme zwei verschiedene Rechtsfragen darstellen, die nicht ohne weiteres in einen Topf geworfen werden können.

Schon die rein tatsächliche Situation bei der Rücknahme eines VAs ist gegenüber derjenigen bei Erlaß verschieden. Die Unterschiedlichkeit beschränkt sich dabei nicht auf die bloße Tatsache des Vorhandenseins eines VAs im Rücknahmefall. Vielmehr wurde bereits früher darauf hingewiesen[43], daß auch der fehlerhafte (aber nicht nichtige) VA in vollem Umfang wirksam wird und zu tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen der Umstände führen kann. Es ist hier an alle unmittelbaren und mittelbaren Folgen zu denken, die sich aus der Verwirkli

---

scheint, daß einschränkende gesetzliche Rücknahmeregelungen verfassungswidrig sein müßten!

42) S. 116.

42a) Die gleiche Auffassung liegt auch der Argumentation Forsthoffs zugrunde (S. 24 ähnlich auch Schütz, DÖV 58, 449); gegen Forsthoff Jesch, a.a.O., S. 195.

42b) ZfSR 1959, 551.

42c) ESVGH 8, 219 (224) - VRspr. 11, 803 (808).

43) Vgl. S. 42 f.

hung des VAs und dem Gebrauchmachen von der Begünstigung ergeben. Da die ücknahme nicht so sehr auf die Beseitigung des behördlichen Ausspruchs als sohen, sondern in erster Linie auf die Rückgängigmachung der Wirkungen des VAs hinzielt, können die auf der Wirksamkeit des VAs beruhenden tatsächlichen olgen nicht einfach übergangen werden. Diese Verschiedenheit von Erlaß- und ücknahmetatbestand läßt die Frage auftauchen, ob wirklich die Rücknahme eines egünstigenden VAs stets ausschließlich nach den Regeln zu beurteilen ist, ie für den Erlaß gelten, und ob auch insoweit die Rechtsgrundlage für die ücknahme allein im Vorrangprinzip gesehen werden kann. Dabei ist zu bedenen, daß der Gesetzgeber bei Festlegung der Voraussetzungen für den Erlaß eines egünstigenden VAs bestimmte konkrete Lebenstatbestände vor Augen hatte, wobei unmittelbar nur die Frage zu beantworten war, unter welchen Voraussetzungen die Begünstigung gewährt werden soll. Es kann nicht unterstellt werden, laß damit auch zugleich eine abschließende Antwort auf die ganz andere Frage egeben wurde, wann eine gesetzwidrig gewährte Begünstigung wieder entzogen werden kann. Die für diese Frage in Betracht zu ziehenden Tatbestände sind nicht nur hinsichtlich der äußeren Umstände andere, es liegt ihnen häufig auch eine andere Interessenlage zugrunde. Jeder Akt der Rechtssetzung ist aber das Resultat einer Abwägung bestimmter divergierender Interessen[44]. Verschiebt sich nun die Interessenlage nach Erlaß eines VAs, so treffen die Erwägungen, die zur Versagung einer Begünstigung mangels bestimmter Voraussetzungen geführt haben, für die Frage der Rücknahme unter Umständen gar nicht mehr zu. Ist beispielsweise die Zulassung zu einer Prüfung von der Ableistung einer bestimmten Studiendauer abhängig gemacht worden, um ungeeignete Bewerber von vornherein ausschließen zu können, und hat ein Prüfling, der diese Voraussetzung nicht erfüllt, aber dennoch zugelassen wurde, die Prüfung bestanden, so würde eine nachträgliche Anwendung dieser Bestimmung durch Rücknahme der Zulassung der ratio des Gesetzes geradezu widersprechen. Der Bewerber hat ja durch die erfolgreiche Ablegung der Prüfung seine Eignung bewiesen[45]. In zahlreichen Fällen ist eine nachträgliche Durchsetzung des gesetzgeberischen Zwecks auch schon deshalb nicht mehr möglich, weil sich die Wirkungen eines VAs schon rein tatsächlich nicht mehr rückgängig machen lassen[46]. Hat der begünstigende VA weitergehende Wirkungen entfaltet, hat beispielsweise der Begünstigte von ihm Gebrauch gemacht und sich in seinen Dispositionen auf ihn eingericht, so beschränkt sich dessen Interesse nicht mehr - wie vor dem Erlaß - bloß auf die Erlangung bzw. nunmehr Belassung der Begünstigung, sondern erstreckt sich weiter auch auf die Erhaltung all dessen, was im Hinblick auf den VA an Aufwendungen und Dispositionen getroffen wurde.

---

4) Vgl. Saladin, S. 151 mit weiteren Nachweisen.

5) Vgl. Jellinek, S. 284.

6) z.B. Genehmigung einer Polizeistundenverlängerung.

Dieses in verschiedener Form und Stärke vorhandene sogenannte Vertrauensschutzinteresse ist in dem die Erlaßvoraussetzungen regelnden Gesetz naturgemäß nicht berücksichtigt.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Begünstigung gewährt werden soll, ist daher von derjenigen, wann sie wieder entzogen werden kann, sowohl hinsichtlich der zu beurteilenden Sachverhalte wie auch der Interessenlage nach durchaus verschieden[46a)], ein Umstand, der bei der bisherigen Diskussion über die Rücknehmbarkeit begünstigender VAe noch zu wenig beachtet wurde. Es geht bei der Rücknahme eines begünstigenden VAs eben gar nicht darum, ob der Staat außerhalb oder entgegen der Rechtsordnung "Geschenke" machen darf[47)], sondern darum, ob er solche "Geschenke" wieder entziehen, zurückfordern kann[47a)].

Wie zahlreiche gesetzliche Einschränkungen der Rücknehmbarkeit begünstigender VAe zeigen, ist sich der Gesetzgeber der Unterschiedlichkeit beider Fragen bewußt und beurteilt sie in diesen Fällen auch rechtlich verschieden. Aber auch, wo gesetzliche Regelungen fehlen, kann jedenfalls nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß das, was für den Erlaß gilt, ausschließlich auch für die Rücknahme maßgebend sein muß[48)]. Bemerkenswerterweise ist es beim Widerruf fehlerfreier VAe ein anerkannter Rechtsgrundsatz, daß dieser nicht den gleichen Rechtsregeln unterworfen ist, die für das Ergehen des VAs gelten[49)]. So wird allgemein angenommen, daß die Behörden nicht schon deshalb zum Widerruf eines (fehlerfreien) begünstigenden VAs befugt sind, weil ihnen der Erlaß desselben freigestanden hat[50)]. Zur Begründung beruft man sich darauf, daß die Rechtslage nach Erlaß eben deswegen anders zu beurteilen sei, weil der Widerruf eine durch den VA schon gestaltete Rechtslage vorfindet[51)]. Die gleichen Argumente lassen sich aber auch für die Rücknahme begünstigender VAe vorbringen. Da der fehlerhafte (nicht nichtige) VA hinsichtlich seiner Wirksamkeit dem fehlerfreien VA nicht nachsteht, sieht sich die Behörde auch bei der Rücknahme einer bereits "gestalteten" Wirklichkeit gegenüber, mit der sie sich erneut auseinanderzusetze

---

46a) Vgl. Jesch, Gesetz u. Verwaltung, S. 145: "Wenn aber einmal die Vorrangsper durchbrochen ist und die Exekutive einen Fehler begangen hat, so ist damit eine neue Rechtslage geschaffen."

47) Vgl. Dickmann, DÖV 57, 283.

47a) Das verkennt z. B. auch das BSG (BSGE 9, 199, 206), wenn es zum Ausdruck bring der Entzug einer Rente bedeute keinen Verstoß gegen Art. 2 I GG, weil dieses Gru recht kein Recht auf positive Leistungen festlege (vgl. Bernhardt ZfSR. 5

48) Vgl. Haueisen, NJW 58, 1662; siehe auch Saladin, S. 83 f.

49) Vgl. Forsthoff, S. 239; v. Turegg, S. 127.

50) Wolff, S. 290; Forsthoff, S. 244; Jellinek, S. 279; Ipsen, Widerruf, S. 59 f mit weiteren Nachweisen.

51) So Wolff, a. a. O.; Forsthoff, S. 239.

t[52].

Eine ausschließliche Beurteilung der Rücknehmbarkeit nach den für den Erlaß aßgebenden Vorschriften wird auch vom Gesetzmäßigkeitsgrundsatz nicht gefordert. Vielmehr sind die Folgerungen, die sich daraus ergeben, hinsichtlich laß und Rücknahme zu differenzieren.

Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz bedeutet für den Erlaß eines begünstigenden VAs allerdings, daß sich dieser allein nach den hierfür gesetzlich stgelegten Regeln zu beurteilen hat. Insoweit ergibt sich aus diesen unmittelr und ausschließlich, was die Behörde zu tun hat oder was sie lassen darf. Auch enn ihr im Einzelfall die Versagung einer Begünstigung unbillig erscheint, ist ihr nicht gestattet, den Gesetzgeber zu berichtigen, indem sie entgegen den esetzlichen Bestimmungen die Begünstigung aus sonstigen allgemeinen rechtlinen oder außerrechtlichen Erwägungen doch gewährt[53]. Bindung an das Gesetz bedeutet insoweit absolute Pflicht zur Anwendung und Beachtung der einschlägin gesetzlichen Vorschriften.

Dagegen ist der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz für die ganz andere, gesetzlich cht ausdrücklich geregelte Frage der Rücknehmbarkeit nur in einem eingeschränkn Sinne von Bedeutung. Zwar ist auch dabei zunächst der Umstand zu berückchtigen, daß der VA unter Verletzung gesetzlicher Bestimmungen zustande gemmen ist und damit eine gesetz- und rechtswidrige Lage geschaffen wurde. ies spricht zunächst auch für die Zulässigkeit der Rücknahme, stellt jedoch ur einen Aspekt der Rücknahmefrage dar. Der Vorrang des Gesetzes schließt e Berücksichtigung anderer Rechtsgrundsätze bei der Rücknahme nicht von vornerein aus[54]. Als solche kommen, wie noch näher darzulegen sein wird, vor alm die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit in Betracht. iese knüpfen gerade an die besonderen Umstände der Rücknahmesituation an nd können im Endergebnis dazu führen, die Rücknahme auszuschließen. Der Vorng des Gesetzes deckt nämlich den Eingriff in rechtswidrig erlangte Rechtspositionen nur insoweit, als auch deren Bestand der Rechtsordnung widerricht. Das ist nicht zweifelhaft, solange die Rechtsposition ihre "Rechtfertigung"

---

2)Vgl. Forsthoff, S.239. Forsthoff, S.242, sieht den wesentlichen Unterschied zwischen Rücknahme und Widerruf allerdings darin, daß die Rücknahme im Gegensatz zum Widerruf nur unselbständiger actus contrarius sei. (Vgl. dazu die Ausführungen vorn S. 42.)

3)Vgl. auch OVG Berlin DÖV 60, 518: Aus Treu und Glauben kann kein Rechtsanspruch auf Erlaß eines gesetzwidrigen VAs hergeleitet werden.

4)Siehe Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.195.

allein in dem fehlerhaften VA finden kann, die Rücknahme sich also lediglich in der Liquidierung des unmittelbaren Rechtsverstoßes erschöpft. Es wird aber dann fraglich, wenn der Begünstigte sich im Hinblick auf die besonderen Umstände bei der Rücknahme auf Rechtsgrundsätze berufen kann, die ihrerseits durch die Rücknahme des VAs verletzt würden, die also einer nachträglichen Anwendung des Erlaßgesetzes entgegenstehen.

Im folgenden wird nun zu prüfen sein, welcher Art diese Rechtsgrundsätze sind und unter welchen Voraussetzungen sie gegenüber den grundsätzlichen Folgerungen aus der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchgreifen. Wie das BVerwG zu Recht ausführt[54a], bedeutet "Bindung an Gesetz und Recht" auch Beachtung der Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts; zu diesen gehören dann auch die Regeln über die rechtliche Behandlung rechtswidriger begünstigender VAe. Der Inhalt dieser Regeln, der hier erst ermittelt werden soll, läßt sich jedenfalls nicht einfach durch Berufung auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bestimmen.

5. Das Argument des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit

a) In der Rechtslehre[55] und vor allem in der neueren Rechtsprechung[56] wird vornehmlich auf den Vertrauensschutz als einen Rechtswert abgehoben, der die Rücknehmbarkeit begünstigender VAe ausschließen könne.

Der Bürger, der durch einen begünstigenden VA eine Rechtsposition erlangt hat, wird in der Regel auf die Richtigkeit und Beständigkeit der von der Behörde getroffenen Entscheidung vertrauen. Er wird davon ausgehen und sich darauf verlassen, daß die Behörde den gesetzlichen Vorschriften gemäß gehandelt hat; eine eigene Beurteilung der Rechtslage dürfte häufig nicht möglich sein. Da der Begünstigte sich unter Umständen in seiner Lebensführung auf die von der Verwaltung vorgenommene Regelung einstellen muß und deswegen mehr oder weniger einschneidende Dispositionen getroffen hat, erwartet er, daß ihm der durch den begünstigenden VA erwachsene Vorteil erhalten bleibe.

In diesem Vertrauen würde der Bürger enttäuscht, wenn der VA bei Fehlerhaftigkeit jederzeit zurückgenommen werden könnte. Es wird daher als notwendig erachtet, ihn in seinem Vertrauen zu schützen. Je nach dem Gewicht, das dem

---

54a) NJW 61, 1131.

55) Menger, Verw. Arch. 49, 83 u. 373/374; Haueisen, DVBl. 57, 507, DVBl. 59, 797; Erning, DVBl. 59, 231.

56) OVG Berlin ES Bd. 5, 1 - DVBl. 57, 503; BVerwGE 6, 1 = NJW 58, 154; DÖV 58, 710; DVBl. 58, 652; NJW 59, 1553; BVerwGE 8, 261 - JZ 59, 641; BVerwGE 9, 251 - DVBl. 60, 138; VGH Stuttg. VRspr. 10, 662; Hess. VGH ESVGH 8, 219 = VRspr. 11, 803.

edanken des Vertrauensschutzes im Einzelfall zukomme, soll dieser zur Einhränkung oder zum Ausschluß der Rücknahme führen.

In engem Zusammenhang hiermit steht der Grundsatz der Rechtssicherheit. Daß dieser für die Aufrechterhaltung auch rechtswidriger VAe spricht, ird allgemein anerkannt[57]. Zwar wird der Rechtssicherheit in erster Linie im-'er dann entsprochen, wenn das Gesetz angewendet wird, denn damit wird eine raussehbare Ordnung verwirklicht[58]. Hat aber die Behörde im Einzelfall eine estimmte rechtliche, für den Betroffenen vorteilhafte Regelung getroffen und ist ese zur Geltung gelangt, so bezieht sich das Rechtssicherheitsinteresse nicht ehr auf die Durchführung des Gesetzes, sondern auf den Bestand des wirksam ewordenen Akts[59]. Heck[60] spricht hier vom "Stabilitätsinteresse" als dem Inresse an der Erhaltung einer einmal zur Geltung gelangten Ordnung. Dieses Inresse der Beteiligten, das auf die Gewißheit über das, was Rechtens ist oder in wird, gerichtet ist, steht der nachträglichen Gesetzesanwendung nunmehr erade entgegen[61]. Da sich Irrtümer in der rechtlichen und tatsächlichen Beteilung auf seiten der Verwaltung nie völlig vermeiden lassen, würde bei unschränkter Zulässigkeit der Rücknahme diese stets "wie ein Damoklesschwert er dem Haupte des Privaten" schweben[62] und damit ein in vielen Fällen unträglicher Unsicherheitsfaktor in jeden VA gebracht werden.

Vertrauensschutz und Rechtssicherheitsinteresse beruhen dabei auf demselben chtlichen Grundgedanken. Während allerdings bei der Gewährung von Vertrauensschutz darauf abgestellt wird, ob im Einzelfall der Betroffene auf die ichtigkeit einer bestimmten rechtlichen Regelung tatsächlich vertraut hat und eses Vertrauen nach den Umständen als schutzwürdig angesehen werden kann, mmt es bei der Frage der Rechtssicherheit nicht auf die Verhältnisse im Einzelll an. Das Rechtssicherheitsinteresse ist nicht das konkrete Interesse des Einzelen, in seinem Vertrauen geschützt zu werden, sondern ein allgemeines Interesse aran, bei bestimmten typischen Tatbeständen ein regelmäßig vorhandenes Vertrauen zu ermöglichen und zu schützen. Mit dem Gedanken der Rechtssicherheit ird damit mehr das objektive Prinzip im Sinne einer Gemeinwohlforderung ausesprochen, während der Vertrauensschutz auf den einzelnen Rechtsgenossen abellt. Vertrauensschutz ist damit nichts anderes, als eine auf den Einzelnen bemgene subjektive Seite des Rechtssicherheitsprinzips[62a].

---

7) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anhang § 42 Rdnr. 38; Haueisen, DVBl. 57, 506; Erning, DVBl. 60, 189; Bernhardt, ZfSR 1959, 540; Menger, Verw. Arch. 49, 43.
8) Saladin, S. 158.
9) Saladin, S. 159; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 171.
0) Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 180.
1) Saladin, S. 159
62) Fleiner, S. 200.
2a) Vgl. Rümelin, Rechtssicherheit, 1924, S. 17; Bernhardt, ZfSR 1959, 533.

6. Schutz des Vertrauens gegenüber Rechts- und Gesetzesverletzungen in der geltenden Rechtsordnung

Mit der allgemeinen Feststellung, daß Vertrauensschutz und Rechtssicherheit für die Aufrechterhaltung einmal erlassener VAe sprechen, ist noch keineswegs entschieden, ob diese Gesichtspunkte auch gegenüber rechtswidrigen VAen durchgreifen oder ob sie etwa aus Gründen der Gesetzmäßigkeit stets zurückzutreten haben. Da sich gegen eine Berücksichtigung des Vertrauensschutzes "contra legem" gewichtige Stimmen erhoben haben[63], soll zunächst einmal untersucht werden, wie die Rechtsordnung andere Fälle, in denen eine ähnliche Konfliktslage auftritt, entscheidet. Nur wenn sich feststellen ließe, daß im geltenden Recht etwas stets, ohne Rücksicht auf Gründe der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes dem Gesetz Geltung verschafft würde, könnte von der absoluten Vorrangigkeit der Gesetzmäßigkeit ausgegangen werden[64].

a) Auf dem Gebiet des Zivilrechts scheint zunächst einiges für diese Auffassung zu sprechen. Nach § 134 BGB sind Rechtsgeschäfte, die gesetzlichen Vorschriften widersprechen, ohne weiteres nichtig. Damit setzt sich das formelle Gesetz jedenfalls gegenüber rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen durch. Ein privatrechtlicher Vertrag, der dem Gesetz widerspricht, ist von Anfang an unwirksam, die Frage der Bindung an rechtswidrige Willenserklärungen taucht nicht auf.

Indessen lassen sich im Zivilrecht auch zahlreiche Beispiele dafür anführen, daß gerade aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit Rechtslagen aufrecht erhalten bleiben, die durch gesetzlich mißbilligte Handlungen entstanden sind[65].

So ist die Weiterveräußerung einer unterschlagenen Sache zweifellos eine rechtswidrige Handlung. Dennoch ist die Übereignung mit Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers wirksam. Hier wie bei allen übrigen Gutglaubensvorschriften des Zivilrechts wird letztlich der Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit dem Erfordernis der Aufrechterhaltung einer recht- und gesetzmäßigen Lage vorgeordnet.

Ähnliche Fälle, in denen "Unrecht zu Recht" wird, bieten etwa die Rechtsinstitute der Ersitzung, der Verjährung und der Verwirkung[66]. Auch im Bereicherungsrecht kommt der Gedanke des Vertrauensschutzes zum Ausdruck. Nach

---

63) Vgl. vor allem Forsthoff, S. 240/241.

64) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42, Rdnr. 38, S. 223.

65) Vgl. auch Menger, Verw. Arch. 51, 157 ff.

66) Vgl. Haueisen, DVBl. 60, 350 (352); Menger, Verw. Arch. 51, 157.

818 Abs. 3 und Abs. 4 BGB beschränkt sich die Verpflichtung des Bereiche-
ngsschuldners auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung, wenn und solange
den Mangel des rechtlichen Grundes nicht kennt[67], solange er also auf sein
cht vertraut. Darin liegt eine "ausnahmsweise Begünstigung des gutgläubigen
npfängers"[68].

Im Bereich des Prozeßrechts ist insbesondere an die Rechtskraft zu erinnern.
ese tritt ungeachtet der objektiven Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urteils
n. Auch die durch ein rechtswidriges Urteil "geschaffene" Rechtslage wird
nftig von der Rechtsordnung ohne Rücksicht auf die Nichtübereinstimmung
it der Gesetzeslage als rechtmäßig behandelt[69]. Hierbei spielt der Gedanke
r Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens die entscheidende Rolle.

b) Mag man die bisher genannten Beispiele wegen der grundsätzlichen
erschiedenheit von privatem und öffentlichem Recht für unmaßgeblich halten,
ist darüber hinaus auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts festzustellen,
ß dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit keineswegs schlechthin unbedingter
orrang vor allen anderen rechtlichen Erwägungen eingeräumt wird.

So ist vor allem nach einhelliger Auffassung § 134 BGB auf "publizistische
echtsgeschäfte", d.h. VAe nicht anwendbar. Während private Rechtsgeschäfte
ei Gesetzesverstoß grundsätzlich unwirksam sind, ist dies bei VAen in der Regel
erade nicht der Fall[70]. Wie schon an früherer Stelle dargelegt, entfalten auch
chts- und gesetzwidrige VAe volle Wirksamkeit. Erkennt man dies an, so gibt
an damit aber auch zu, daß der Gesetzmäßigkeit insoweit eben doch andere
wägungen vorgeordnet werden. Andernfalls könnte die konsequente Folge nur
e völlige Unwirksamkeit aller dem Gesetz nicht entsprechenden VAe sein[71].
ie Beschränkung der Nichtigkeit auf Ausnahmefälle ist aber heute Allgemeingut
s Verwaltungsrechts geworden[72]. Nachdem so schon beim Erlaß fehlerhafter
Ae der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit nicht konsequent durchgeführt wird, ver-
ert auch die Argumentation, aus Gesetzmäßigkeitsgründen müsse jeder fehler-
fte VA zurückgenommen werden, erheblich an Überzeugungskraft. Hinzu kommt
ch, daß in der Lehre und Rechtsprechung gerade die Gesichtspunkte der Rechts-
herheit und des Vertrauensschutzes für die Abgrenzung der nichtigen von den
r fehlerhaften VAen herangezogen werden[73]. Die heute wohl als herrschend
bezeichnende[73a] Evidenztheorie stellt im wesentlichen auf die Offen-

---

7) Vgl. Larenz, Schuldrecht II, 4. Aufl. 1960, S. 337.
8) v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I, 1954, S. 368.
9) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42 Rdnr. 38.
0) Vgl. Kormann, System, S. 216 f.
.) Rechtsnormen, die gegen höherrangiges Recht verstoßen, sind nichtig.
2) Vgl. Bettermann, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 378.
3) Vgl. Hamann, Einf. I D 1, S. 27 73a) Vgl. Ule, DVBl. 60, 611.

kundigkeit und Erkennbarkeit des Mangels und damit auf Gründe des Vertrauens schutzes ab[74]. Es ist nun nicht einzusehen, warum diese Gründe zwar die sofor tige Unwirksamkeit des fehlerhaften VAs ausschließen sollen, bei der Frage der Rücknehmbarkeit dagegen stets zurücktreten müssen[75]. Der Vertrauensschutz, der dem Bürger durch Einschränkung der Nichtigkeitsfolge gewährt werden soll, wird fragwürdig, wenn andererseits die Behörde den VA nachträglich doch in je dem Fall wieder aufheben darf und muß, um damit wieder den Zustand herzu- stellen, der im Falle der Nichtigkeit von vornherein bestehen würde.

Nicht zuletzt sei noch auf die Vorschrift des § 79 Abs. 2 des BVerfGG hingew sen. Das Gesetz sanktioniert hier aus Gründen des Rechtsfriedens und der Rechts sicherheit vollzogene Tatsachen selbst dann, wenn sie auf einer von vornherein nichtigen Norm beruhen[76]. Das BVerfG hat wegen dieses Grundsatzes beispiels weise die Urteile der (verfassungswidrigen) Friedensgerichte im Gebiet des frühe ren Landes Württemberg-Baden nicht als schlechthin nichtig angesehen[77]. Dies Ergebnis - so führt das BVerfG aus [78] - werde auch durch das Interesse des Rech friedens und der Rechtssicherheit gefordert. Wie das BVerwG zu Recht bemerkt hätte das BVerfG wohl nicht zu diesem Ergebnis gelangen können, wenn es alle vom Standpunkt der Gesetzmäßigkeit ausgegangen wäre. Von diesem Standpunk aus könnten auf einem nichtigen Gesetz beruhende Akte ebenfalls nur nichtig sein.

c) Wie die bisherigen Erörterungen zeigen, ist im geltenden Recht die Ge setzmäßigkeit nicht im strengen Sinne überall durchgeführt. Das Gesetzmäßigk

---

74) Vgl. Bender, S. 105 f.; Bettermann, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 378 Schäfer, S. 13; Haueisen, NJW 58, 1662. - Nur mit diesen Gesichtspunkten sich die Wirksamkeit eines VAs trotz Rechtswidrigkeit überhaupt begründen. Versuchen, sie aus der Autorität des Staates herzuleiten, ist mit Recht ent- gegengetreten worden (Hamann, Einf. I D 1, S. 27, Bettermann, a.a.O.), sie entsprechen der heutigen Auffassung der Verfassungsordnung vom Wesen des Staates nicht mehr (vgl. auch Bernhardt, ZfSR 1959, 522 gegen Forsthof

75) Siehe auch Haueisen, NJW 58, 1662.

76) Vgl. Geiger, Ges. üb. d. BVerfG, Komm. 1952, § 79 Anm. 1; Lechner, BVerfGG, 1954, § 79 Anm. 1; Schäfer, S. 12; BVerfGE 2, 380 (402).

77) BVerfG vom 5.4.60 NJW 60, 1051.

78) a.a.O.

79) DÖV 61, 30 BVerwGE 11, 136 ff (138) unter Bezugnahme auf BVerfGE 194 und BVerfG in NJW 60, 1051.

nzip ist in zahlreichen Fällen zugunsten der Rechtssicherheit und des Ver-
uensschutzes eingeschränkt, Gründe, die in gewissem Umfang auch für die
frechterhaltung fehlerhafter VAe sprechen. Die Lösung des Konflikts soll aus
n Wesen des Rechtsstaatsbegriffs selbst versucht werden.

GRUNDSATZ DER RECHTSSTAATLICHKEIT

1. Das Rechtsstaatsprinzip, ein vom GG anerkannter Verfassungsgrundsatz - Rechtssicherheit als Forderung der Rechtsstaatlichkeit

Das Wort "Rechtsstaat" erscheint im Grundgesetz lediglich in Art. 28 Abs. 1
tz 1, wonach die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen
s republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates "im Sinne dieses
undgesetzes" entsprechen muß[80]. Damit bringt die Verfassung implicite zum
sdruck, daß auch die Verfassungsordnung im Bund selbst diese Grundsätze be-
gt und verwirklicht[81]. Die Rechtsstaatlichkeit ist als beherrschendes höchst-
ngiges Prinzip unserer Rechtsordnung auch allgemein anerkannt[82] und gehört
m positiv-rechtlichen Inhalt unserer Verfassung[83]. Es stellt unmittelbar gel-
ndes Recht dar[84]. Eine erschöpfende Beschreibung dessen, was unter dem Be-
iff der Rechtsstaatlichkeit verstanden werden soll, enthält das GG freilich nicht[85].
merhin sind aber doch eine Reihe wichtiger rechtsstaatlicher Grundsätze geson-
rt herausgestellt. So ergibt sich nach Auffassung des BVerfG[86] das Rechts-
atsprinzip außer aus der Gesamtkonzeption des GG insbesondere aus den in
n Art. 20 Abs. 3, 1 Abs. 3, 19 Abs. 4 niedergelegten Grundsätzen.

Wenn damit auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des staatlichen Handelns
n anerkannt hervorragender Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit ist[87], so er-
nöpft er den Rechtsstaatsbegriff doch nicht[88].

Für die Rücknahmefrage ist vor allem bedeutsam, daß auch die Gewährleistung

---

) And. die WRVerf, die zwar rechtsstaatlich ausgerichtet war, jedoch den Ausdruck nicht expresso verbo gebrauchte (vgl. Klein, ZgStW 106, 390).
) Klein, ZgStW 106, S. 390 82) Maunz-Dürig, Art. 20, vor Rdnr. 58.
) Maunz, StR, S. 59.
) Hamann, Einf. I D 1; BVerfGE 1, 14 ff (LS 28); 2, 380 (403); BGHZ 1, Anh. S. 34 ff (55); OLG Frankfurt DVBl. 53, 599.
) Maunz, StR, S. 59; Hamann, a. a. O.
) BVerfGE 2, 308 (403); vgl. auch BVerfGE 3, 11.
) Vgl. Fußnote 8 S, 57. 88) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 124.

der Rechtssicherheit in Lehre[89] und Rechtsprechung[90] als wesentlicher Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit angesehen wird. Vor allem das BVerfG erken der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit geradezu zentrale Bede tung für die Rechtsstaatlichkeit zu[91]. Um ihretwillen müsse auch die Möglich- keit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden. Selbst dem Verfassungsgeber könne es nur bis zu einer bestimmten Gre ze gestattet sein, die Rechtssicherheit zu vernachlässigen[92]. Das OLG Frankfur ging in einer - allerdings umstrittenen[94] - Entscheidung sogar soweit, eine Gru gesetznorm[95] aus Gründen der Rechtssicherheit für nichtig zu erklären. Unter Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist in der Rechtsprechung vor allem die Frage Rückwirkung von Gesetzen[96] und die Frage des Umfangs von Ermächtigungen z Erlaß von Verordnungen gemäß Art. 80 Abs. 1 GG [97] sowie zu Einzeleingriffen durch VA[98] behandelt worden. Auch bei der Frage der Gültigkeit von Staatsakt die auf einem nichtigen Gesetz beruhen, ist - wie schon erwähnt - auf den Ged ken der Rechtssicherheit abgehoben worden. Nicht zuletzt hat das BVerwG gera auch in den Fällen der Rücknahme neuerdings in vermehrtem Maße auf Rechts- sicherheit und Rechtsfrieden als Grundsätze abgestellt, die der Rücknehmbarkeit fehlerhafter VAe entgegenstehen können[99].

Auch die gegen eine generelle Rücknehmbarkeit sprechenden Gründe der Rec sicherheit und des Vertrauensschutzes lassen sich somit unmittelbar auf geltende Recht und zwar geltendes Verfassungsrecht zurückführen. Die Forderung, das Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten bei der Entsch dung über die Rücknehmbarkeit zu beachten, ist mithin auch nicht etwa ledigli ein rechtspolitisches Postulat[100] oder Ausfluß außerrechtlicher Erwägungen, so

---

89) Hamann, Einf. I D 1, S. 23; v. Mangoldt-Klein, Art. 20, Anm. VI, 2; Arndt DVBl. 58, 122.

90) BVerfGE 2, 380 (403); 3, 225 (237); 7, 129 (152); 7, 194 (196); BVerwGE 2, 114 (117); 11, 136 (137) = DÖV 61, 30; BFH NJW 58, 2085 (2087); OL Frankfurt DVBl. 53, 599.

91) BVerfGE 2, 403. 92) BVerfGE 3, 225 (237).

93) DVBl. 53, 600 94) Vgl. Anm. Bachof, DVBl. 53, 600.

95) Art. 117, Abs. 1 GG.

96) BVerfGE 1, 280; BGH NJW 55, 1455; BSG NJW 59, 1339.

97) BVerfGE 1, 60; 2, 334; NJW 58, 542; BVerwG NJW 59, 64.

98) BVerwG NJW 55, 1694; BVerfGE 8, 274 (324 ff).

99) BVerwGE 11, 136 (138); DVBl. 61, 380.

100) So Saladin, S. 83/84.

ern stellt Anwendung geltenden Rechts dar. Auch soweit der Rechtsgrund des ertrauensschutzes im Grundsatz von Treu und Glauben gesehen wird[101], stellt ieser letztlich eine Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit dar. Es kann infolgedes- en auch nicht genügen, sich gegenüber den Argumenten des Vertrauensschutzes nd der Rechtssicherheit lediglich auf den Verfassungsrang des Gesetzmäßigkeits- rundsatzes zu berufen, da sie ihre Wurzel in eben demselben Verfassungsprinzip nden, dem auch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zugehört. Das Rechtssi- herheitsinteresse steht in seiner Bedeutung den Anforderungen der Gesetzmäßig- eit grundsätzlich nicht nach. Beruhen aber sowohl die für, wie auch die gegen ie generelle Rücknehmbarkeit sprechenden Gründe letzten Endes auf dem echtsstaatsprinzip, so erweist sich der Widerstreit als ein solcher innerhalb des echtsstaatsbegriffs selbst. Daß derartige Konfliktslagen zwischen verschiedenen rinzipien der Rechtsstaatlichkeit auftreten können, ist schon verschiedentlich nerkannt worden[102].

Es muß daher versucht werden, eine Lösung aus dem Rechtsstaatsbegriff selbst u finden. Dazu ist es notwendig, auf Wesen und Ziel dieses Verfassungsgrund- atzes zurückzugreifen.

2. Formeller und materieller Rechtsstaatsbegriff

Der Auseinandersetzung mit dem Wesen der Rechtsstaatlichkeit sind im Rah- nen der vorliegenden Arbeit verständlicherweise enge Grenzen gesetzt. Die Dar- ellung muß sich daher im wesentlichen auf eine Skizzierung der sich gegenüber- tehenden Lehren beschränken.

Der wesentliche Unterschied der verschiedenen Auffassungsgruppen kann grob it den Worten Rechtsstaat im formellen Sinne und Rechtsstaat im ma- eriellen Sinne gekennzeichnet werden.

Der enge Zusammenhang zwischen der Rücknahmeproblematik und der Grund- uffassung, die man sich über den Begriff der Rechtsstaatlichkeit zu eigen ge- acht hat, zeigt sich besonders deutlich bei Forsthoff. Er sieht die Rücknahmefra- e ganz im Lichte seines Rechtsstaatsbegriffs. Indem er sich gegen eine Einschrän- ung der Rücknehmbarkeit wendet, wendet er sich zugleich gegen die herrschende uffassung vom Wesen des Rechtsstaats überhaupt. In verschiedenen Veröffentli-

---

01) BVerwG DVBl. 58, 652; DÖV 58, 710; NJW 59, 1553; BVerwGE 10, 308(309) = NJW 60, 1487; VGH Stuttg. VRspr. 10, 662; Hess. VGH VRspr. 11, 803 = ESVGH 8, 219.

02) BVerfGE 2, 381(403); Dahm, Deutsches Recht, S. 18; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 169 ff; Bachof, DVBl. 53, 602; s. auch Reinicke, NJW 52, 3 und Hamann, Einf. I D 1, S. 23.

chungen, in denen er sich mit dem Rechtsstaatsbegriff auseinandergesetzt hat[103] stellt er immer wieder wesentlich auf die formale Seite dieses Verfassungsprinzip ab. Er selbst bezeichnet es, "kraß formuliert", als "ein System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit"[104]. Alle wesentlichen Strukturelemente des Rechtsstaats, wie Gewaltenteilung, Vorrang des Verfassungs- gesetzes und Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung seien durch eine hoch- gradige Formalisierung gekennzeichnet[105]. Im Mittelpunkt des so verstandenen Rechtsstaatsbegriffs steht das Gesetz im Sinne der abstrakten generellen Norm. D Rechtsstaat ist bei Forsthoff wesentlich Gesetzesstaat[106]. Gerade die technische Strenge der Strukturelemente der rechtsstaatlichen Verfassung verbürgen nach ihr die Zuverlässigkeit und die Berechenbarkeit ihrer Wirkungsweise[107]. Diese bleib sich im großen und ganzen auch gleich. Das Verfassungsrecht des Rechtsstaats las sich deshalb auch in hohem Maße von dem Wechsel der "Ambiance" des "soziolo gischen Grundes" isolieren[108].

Demgegenüber befürchtet Forsthoff von der Herantragung materialer Gehalte i Sinne einer sinndeutenden "geisteswissenschaftlich-werthierarchischen Methode" eine Verminderung des Verfassungsgesetzes und eine Auflösung des Rechtsstaatsbe griffs[109]. Unter diesem Blickwinkel sieht Forsthoff auch in der Berücksichtigung des Vertrauensschutzes gegenüber rechtswidrigen begünstigenden VAen eine Ten- denz, "die die strenge rechtsstaatliche Formalisierung der hoheitlichen Funktion unter Berufung auf materiale Grundsätze, welche dem Individualrecht oder dem Sozialrecht entnommen werden, aufweicht"[109a]. Der Rechtsstaat gibt sich, so lehrt Forsthoff, selbst auf, wenn er nicht daran festhält, daß die Gesetzmäßigkei und Rechtmäßigkeit seines Handelns den Vorrang vor allen sonstigen rechtlichen Erwägungen haben muß, wenn er insbesondere zugibt, daß es einen Vertrauens- schutz contra legem geben könne[110].

Der rein technisch -formalistische Rechtsstaatsbegriff mußte Kritik hervorrufe Neuerdings hat sich Hollerbach in grundlegender Weise mit dem Verfassungs- un Rechtsstaatsbegriff Forsthoffs auseinandergesetzt[111]. Er betont zu Recht, daß die Verfassung ihre zentrale Rolle bei der Rechtsverwirklichung verliere, wenn man

---

103) Vgl. Festschrift für C. Schmitt, 1959, S. 35-62; VVDStRL 12, S. 12 ff; DÖV 59, 41 ff.

104) Vgl. Festschrift C. Schmitt, S. 61 105) VVDStRL 12, 16.

106) Vgl. VVDStRL 12, 21 u. DÖV 59, 43. 107) VVDStRL 12, 16.

108) A.a.O., S. 17.

109) Vgl. Festschrift f. C. Schmitt, S. 55; Lehrbuch, Vorwort zur 7. Aufl.

109a) Lehrbuch, S. 240. 110) A.a.O., S. 240.

111) AöR 60, S. 241 ff.

nem formalisierten und damit inhaltsleeren Verfassungs- und Rechtsstaatsbegriff thalte und ihn lediglich als Schutzwall gegen jede Dynamisierung der Verwalng als wertverwirklichende Gestaltung ansehe[112]). Insbesondere weist er darf hin, daß ja ein materiales Rechtsstaats- und Verfassungsverständnis keineswegs einen kontradiktorisch-ausschließenden Gegensatz zum formalen Verständnis erstelle. Auch die technischen Formalhilfen sind in der ihnen eigentümlichen rkweise von der materialen Betrachtungsweise an ihrem Ort zu berücksichtigen. e sind aber nicht das Ganze und machen insbesondere nicht das Wesen der auf e politische Gesamtordnung des Staates ausgerichteten Verfassung aus.

In der Tat kann in Anbetracht der zentralen Stellung der Grundrechte, die cht als bloße Ausgrenzungen, als Aufrichtung von Bereichen, vor denen die aatsgewalt halt macht[113]), anzusehen sind, der materiale Gehalt der Verfasng und des Rechtsstaatsprinzips nicht in den Hintergrund gedrängt werden. Vor lem Bachof macht deutlich[114]), daß die dem bürgerlichen Rechtsstaat eigene erbetonung der formalen Seite der Rechtsstaatlichkeit dem Begriff des Rechtsats, wie ihn das Grundgesetz aufgerichtet hat, nicht mehr entspricht. Ausgangsnkt aller rechtlichen Betrachtungen muß die unantastbare Würde der menschlien Persönlichkeit sein, die das Grundgesetz als den zentralen Wert darstellt. rch die Anerkennung dieses Wertes als eines vor- und überverfassungsmäßigen chtsgutes sowie durch die unmittelbare Verbindlichkeitserklärung der Grundrechfür alle staatliche Gewalt bricht das Grundgesetz mit der Gleichung Rechtsstaat Gesetzesstaat[115]). Im Vordergrund steht daher als Ziel der Rechtsstaatlichkeit die langung und Erhaltung der materialen Gerechtigkeit[116]). Zwar sollen auch die rmalen Elemente nicht unterschätzt werden, auch sie dienen aber letztlich nur r Gewährleistung dieses materialen Gehalts[117]).

Hierin zeigt sich ein Abkehr vom Gesetz-vor-Recht-Denken zum Recht-vorsetz-Denken oder zum Recht-und-Gesetz-Denken an[118]). Auch Schnorr[119]) ispielsweise sieht in den Art. 1 bis 3 GG die Positivierung der Rechtsidee im nne materialer Gerechtigkeit. Die Gewährleistung und Erfüllung dieser Gerechkeit stellt somit auch nicht etwas außerhalb der Verfassung und Rechtsstaatlichit Stehendes dar, auf das man sich "gegen" diese berufen könnte, sondern ist in nfassender Weise dem Rechtsstaatbegriff selbst immanent. Nicht zuletzt ist ge-

---

2) A.a.O., S.248 f.
4) VVDStRL 12, 39.
6) So auch Maunz-Dürig, GG, Art. 20, Rdnr. 59.
7) Bachof, a.a.O.
8) Vgl. Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S.23.
9) AöR 60, S.121 ff (138).
113) So Forsthoff VVDStRL 12, 18.
115) Bachof, a.a.O.

genüber der Forsthoffschen Auffassung auch darauf hinzuweisen, daß gerade die einseitige Betonung der formellen Verfassungsinstitutionen und das mangelnde Bewußtsein des materialen Wertgehalts es dem nationalsozialistischen Unrechtsstaat ermöglicht haben, sich unter Mißbrauch der Weimarer Reichsverfassung auf formell "legalem" Weg zu errichten und zu befestigen.

III. LÖSUNG DES RÜCKNAHMEPROBLEMS AUS DEN GRUNDSÄTZEN DER RECHTSSTAATLICHKEIT

1. Rücknahme fehlerhafter VAe als Forderung materieller Gerechtigkeit

Was vorstehend für das umfassende Prinzip der Rechtsstaatlichkeit dargelegt wurde, gilt in gleicher Weise nun auch für den engeren Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Auch dieser dient in erster Linie dem Ziel, eine gerechte Sozialordnung zu gewährleisten. Das Grundgesetz bindet die Verwaltung an das formelle Gesetz, weil sich in ihm im demokratischen Rechtsstaat die Rechtsidee verkörpert. Es besitzt "Rang und Prädikat demokratischer Mehrheitsentscheidung"[120] und verbürgt daher in höherem Maße eine Übereinstimmung mit den Grundwerten materialer Gerechtigkeit als die unkontrollierte Maßnahm der Verwaltung. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist daher auch nicht lediglich ein formales rechtstechnisches Prinzip, es soll vielmehr in erster Linie ein gerechtes Handeln der Verwaltung gewährleisten. Was im Einzelfall "gerecht" ist, ergibt sich in der Regel eben aus den Gesetzen. Erläßt die Behörde einen fehlerhaften VA, so schafft sie damit eine Rechtslage, die den Vorstellungen m terieller Gerechtigkeit widerspricht[121]. Da die Gewährung der Begünstigung entgegen den gesetzlichen Vorschriften mindestens eine Ungleichbehandlung ge genüber den Fällen bedeutet, in denen dem Gesetz entsprochen wird[122], erlan der Bürger durch den begünstigenden VA in jedem Fall einen ungleichen und da mit gegenüber der Allgemeinheit "ungerechten" Vorteil. Nicht der Gesetzesver stoß als solcher, sondern die Verletzung der gerechten sozialen Ordnung durch den fehlerhaften VA sollte im Vordergrund der Betrachtung stehen. Der gewährt Vorteil beruht nun zwar auf einem rechtlich relevanten Staatsakt, der Empfänge erlangt dadurch auch eine "Rechtsstellung" oder ein "Recht", das bedeutet aber noch nicht ohne weiteres, daß die erlangte Rechtsstellung auch materiell gerec

---

120) Ipsen, VVdStRL 10, 75.

121) Vgl. OVG Hamburg DVBl. 59, 147 (148), das bei der Rücknahme von einem "Widerstreit zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit" spricht.

122) Vgl. Saladin, S. 159; s. auch Piechulek, JR 57, 251.

fertigt ist. In diesem Sinne bringt etwa auch das BSG zum Ausdruck[123], daß es sich beim Entzug einer dem Empfänger nach dem Gesetz nicht zustehenden Rente darum handelt, eine formale, dem Gesetz nach ungerechtfertigte Stellung aufzugeben. Dieselben Gedankengänge finden sich noch deutlicher in einer Entscheidung des BVerfG zu einem zwar anderen, in der Fragestellung jedoch entsprechenden Sachkomplex[124]. Es heißt dort:

"Die Vorstellung, eine Gläubigerposition der Gemeinschaft gegenüber, die der Einzelne nicht durch sein Verdienst oder aus einwandfreien Sachgründen, sondern infolge eines Versehens bei der Gesetzgebung erlangt hat, sei für den Gesetzgeber ein für allemal unantastbar, ist im Grunde auch mit dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats unvereinbar, in dem der Gedanke lebendig bleiben muß, daß eine formale Rechtsstellung, die dem Einzelnen sachlich nicht gerechtfertigte Ansprüche aus öffentlichen Mitteln gewährt, nicht zum Nachteil der anderen und des Ganzen durch die Rechtsordnung geschützt und aufrechterhalten werden darf."

Die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch Rücknahme fehlerhafter VAe ist daher grundsätzlich auch ein Gebot der Gerechtigkeit[124a]. Es scheint bei dieser Betrachtungsweise folglich der wesentlichen Zielsetzung gerade der materiell verstandenen Rechtsstaatlichkeit zu widersprechen, fehlerhafte VAe aufrecht zu erhalten und die Rücknehmbarkeit einzuschränken.

2. Materielle Gerechtigkeit und Rechtssicherheit

Welche Bedeutung kommt nun - aus dieser Sicht gesehen - den Argumenten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu ? Bedeutet die Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte nicht gerade, daß es dem Bürger gestattet wird, sich ohne Rücksicht auf Recht oder Unrecht auf die formale Rechtsposition, die er dem fehlerhaften VA verdankt, zu berufen ? Mit dieser Fragestellung wird indessen dem wahren Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit nicht Rechnung getragen. Die "formale" Rechtsposition, die der Begünstigte durch den Empfang eines fehlerhaften begünstigenden VAs erlangt, kann nämlich eben aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes auch zu einer materiell rechtmäßigen werden oder ist wenigstens als solche zu behandeln[125]. Wie bereits früher dargelegt, können sich nach Erlaß des VAs sowohl die äußeren Umstände wie auch die Interessenlage wandeln, so daß die in der für den Erlaß maßgebenden Gesetzesnorm niedergelegte Rechtsidee nicht mehr allein entscheidend ist. Ande-

---

123) BSGE 9, 199 ff (206)

124) BVerfGE 7, 129 ff (152) 124a) In diesem Sinne auch Clasen, DÖV 60, 900.

125) Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr. 147, Fußnote 2.

re Normen, nämlich der dem Rechtsstaatsprinzip entnommene Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes können für die Frage der Rücknehmbarkeit eine andere Wertung vorsehen und die Aufrechterhaltung des VAs als gerechtfertigt erscheinen lassen. In dieser Weise kann im Interesse der Rechtssicherheit aus Unrecht Recht werden[126], rechtswidrige Tatsachen können Rechte schaffen und vernichten[127]. Rechtssicherheit ist keineswegs nur das formale Prinzip, als das es gerne angesehen wird, sie ist, vor allem in der Form des Vertrauensschutzes, zugleich auch eine Forderung individueller Gerechtigkeit[128]. Widerstreiten sich wie bei der Rücknahme begünstigender VAe Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, so handelt es sich, wie Radbruch feststellt[129], im Grunde um einen Widerstreit der Gerechtigkeit mit sich selbst.

Auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes ist eine Beseitigung fehlerhafter VAe nicht in jedem Fall geboten. Mag auch der Erlaß des VAs entgegen gesetzlicher Regelung zunächst eine gegen Art. 3 GG verstoßende Ungleichbehandlung des Begünstigten bedeuten, so können die mit oder nach Erlaß eintretenden besonderen Umstände und die veränderte Sachlage doch eine andere Beurteilung erfordern und eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Ungerechtfertigte Vorteile Einzelner hat die Verwaltung zwar grundsätzlich zu beseitigen, indessen geht es bei der Rücknahme letztlich um die Frage, wann eine Rechtsstellung materiell ungerecht ist[129a]. Dies läßt sich aber nicht ausschließlich aus der durch den Erlaß des VAs verletzten oder übergangenen Norm entnehmen, vielmehr ist hierfür auch der Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes heranzuziehen. An diesen ist die Verwaltung genau so gebunden wie an das Legalitätsprinzip[130]. Die Gewährung von Vertrauensschutz setzt schließlich auch die Bindung der Verwaltung an das Gesetz voraus, denn gerade wegen dieses Grundsatzes darf der Empfänger eines VAs darauf vertrauen, daß dieser gesetz- und rechtmäßig ist und daher Bestand hat[131].

Es ist somit festzustellen, daß auch im materiell verstandenen Rechtsstaat die Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes ebenso Beachtung und Geltung beanspruchen wie die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

---

126) Radbruch, Einf., S.40; Bernhardt, ZfSR 1959, 544.

127) Radbruch, Rechtsphilosophie, S.171; Bernhardt, a.a.O.

128) Radbruch, SJZ 1946, 105 (107) s. auch Einf., S.42; Maunz-Dürig, Art.20, Rdnr. 58.

129) SJZ 1946, 105 (107); Einf., S.42; Bachof, DVBl. 53, 602.

129a) Vgl. auch Maunz-Dürig, Art.20, Rdnr.147, S.63 Fußnote 2.

130) Bernhardt, ZfSR 1959, 553; vgl. auch BVerwGE 11, 136 (137) = DÖV 61, 30

131) Vgl. Erning, ZfSR 1960, 476 (480).

3. Güterabwägung im Einzelfall

Da der Verfassungsgrundsatz der Rechtsstaatlichkeit mithin zugleich sowohl
r wie auch gegen die Rücknehmbarkeit begünstigender VAe herangezogen wer-
n kann, bleibt die Güterabwägung als ein Weg, der auch in anderen Fäl-
n zu gehen ist, in denen die Rechtsordnung gleichzeitig zwei nicht miteinander
reinbare Verhaltensweisen zuläßt oder fordert[132) 133)]. Auf der Waagschale
r Recht- und Gesetzmäßigkeit ist derjenige Rechtswert zu berücksichtigen, der
rch den fehlerhaften VA verletzt wurde. Dieser läßt sich in der Regel aus der
tio der Rechtsnorm entnehmen, die für den Erlaß des fehlerfreien VAs maßge-
nd gewesen wäre. Sollte sich ein anderer Rechtswert nicht finden lassen, so
jedenfalls die Gleichheit ein Gut, dem durch die Anwendung der Gesetzes-
rm entsprochen wird. Rechtssicherheit und Schutz des Vertrauens des Begün-
igten fallen auf der anderen Seite als die Rechtsgüter ins Gewicht, welche die
ufrechterhaltung der begünstigenden VAe verlangen.

Unsere Rechts- und Verfassungsordnung läßt nicht erkennen, daß einer der im
iderstreit stehenden Grundsätze, die für die Rücknahme von Bedeutung sind,
enerell höher zu bewerten wäre. Vielmehr haben, wie sich aus dem Voraus-
gangenen ergibt, im Rechtsstaat des Grundgesetzes die für und gegen die Rück-
hmbarkeit sprechenden Gesichtspunkte grundsätzlich als objektiv gleichwertig
u gelten[134)]. Das schließt nun freilich nicht aus, daß im konkreten Fall
em einen oder anderen der gegeneinander abzuwägenden Rechtsgüter größeres
ewicht zukommt. Der durch das Ergehen des fehlerhaften VAs mißachtete
echtswert kann je nach der geregelten Materie sehr verschiedener Art und von
hr unterschiedlichem Gewicht sein. Ebenso sind die Anforderungen der Rechts-
cherheit und das Bedürfnis nach Vertrauensschutz von Fall zu Fall verschieden
ark; dies schon deshalb, weil es hierfür auf die persönlichen Verhältnisse beim
egünstigten entscheidend ankommt. Die "richtige" Entscheidung der Frage, ob
d inwieweit ein VA wegen Fehlerhaftigkeit zurückgenommen werden kann, hat
e Verwaltung daher jeweils unter Berücksichtigung dieser besonderen Umstände
s Einzelfalls zu ermitteln. Von dem Ergebnis der Güterabwägung im einzelnen
ll hängt es ab, ob der betreffende VA zurückgenommen werden kann oder nicht.
ie Rücknahme ist zulässig, wenn dem Begünstigten ein Vertrauensschutz nicht
u gewähren oder dieser jedenfalls so wenig ins Gewicht fällt, daß die Rechts-
erte, die von dem fehlerhaften VA verletzt wurden, überwiegen. Umgekehrt ist
e Rücknahme insoweit ausgeschlossen, als die Anforderungen des Vertrauens-
hutzes überwiegen. Die generelle Gleichwertigkeit der für und wider die Rück-
hmbarkeit streitenden Rechtswerte und die Unterschiedlichkeit der Rücknahme-

---

32) Vgl. etwa den Fall des übergesetzlichen Notstandes.

33) Bernhardt, ZfSR 1959, 553.

34) Vgl. Wolff, S. 293; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42, Rdnr. 58.

fälle hinsichtlich der maßgebenden Kriterien schließen eine generelle, für alle VAe gültige Lösung des Rücknahmeproblems aus. Bestenfalls lassen sich für bestimmte Rechtsgebiete oder Sachverhaltsgruppen einzelne Gesichtspunkte und Richtlinien herausarbeiten, die für die Güterabwägung zu beachten sind. Diese sollen im nächsten Kapitel noch Gegenstand eingehender Betrachtung sein.

4. Bindung an Gesetz und Recht -
Bedeutung des Art. 20 Abs. 3 GG für die Rücknahmefrage

Auf die Formel des Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist, soll in diesem Zusammenhang noch eingegangen werden, weil insbesondere Forsthoff sie in Zusammenhang mit der Rücknahmefrage gebracht hat. Es heißt nach seiner Auffassung das "Recht" gegen das "Gesetz" ausspielen, wenn aus Gründen des Vertrauensschutzes oder anderer rechtlicher Erwägungen die Rücknehmbarkeit fehlerhafter VAe eingeschränkt werde. Er äußert die Befürchtung, daß damit Art. 20 Abs. 3 GG zu einer Einbruchsstelle gefährlicher Tendenzen werde, die geeignet seien, den Rechtsstaat im Kern aufzulösen[135]. Vom Standpunkt Forsthoffs aus, wonach sich für die gesetzesgebundene Verwaltung das Recht und die Pflicht zur Rücknahme fehlerhafter VAe als selbstverständlich ergibt[136], ist die Rücknahme lediglich eine Anwendung des formellen Gesetzes, während er in der Berücksichtigung des Vertrauensschutzes die Herantragung ungeschriebener Rechts- und Billigkeitserwägungen sieht. So betrachtet, würde die Aufrechterhaltung fehlerhafter VAe allerdings nicht durch Berufung auf Art. 20 Abs. 3 GG zu rechtfertigen sein. Der Sinn der Gegenüberstellung von "Recht" und "Gesetz" in Art. 20 Abs. 3 GG ist äußerst umstritten. Die Klausel wird aber vielfach als Gegenüberstellung von Positivismus und Rechtsidee gewertet[136a] und ihre Problematik im wesentlichen in der Frage erblickt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Richter oder die Verwaltungsbehörde unter Berufung auf außer- oder übergesetzliches Recht einer positiven Gesetzesvorschrift die Gefolgschaft versagen darf. In diesem Sinne ist auch die Äußerung Forsthoffs aufzufassen, die Berufung auf die Rechtmäßigkeit dürfe man nur in dem Ausnahmefall gelten lassen, in dem eine Gesetzesnorm mit elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen unvereinbar sei[137]. Neuere Untersuchungen zur Problematik des Art. 20 Abs. 3 GG gehen

---

135) Vorwort 7. Aufl.; ähnlich Kretschmer, ZBR 61, 9 (10): es werde aus Billigkeitserwägungen der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung preisgegeben.

136) Forsthoff, Vorwort z. 7. Aufl.

136a) Vgl. dazu neuerdings Schnorr, AöR 60, 121ff, der auch zu Recht betont, daß dies keineswegs der einzig mögliche Inhalt des Art. 20 III GG ist (S. 129 ff).

137) Forsthoff, a.a.O.; siehe auch DVBl. 59, 41 ff.

ilich immer mehr dahin, die Bindung an das "Recht" als eine Bindung an die Grundgesetz selbst, vor allem in den Grundrechten zum Ausdruck kommenn Wertvorstellungen zu werten. Diese Wertvorstellungen sind zugleich Recht d Gesetz, so daß die Gegenüberstellung nicht im Sinne einer Antinomie sonr einer Synthese aufzufassen ist[138]. Dieser grundsätzlichen Frage braucht inssen hier nicht weiter nachgegangen werden. Es kann nämlich nicht zugegenn werden, daß mit der Berücksichtigung des Vertrauensschutzes das "Recht" gen das "Gesetz" ausgespielt wird.

Schon der Ausgangspunkt der Betrachtungsweise Forsthoffs, daß es sich bei der cknahme um eine unmittelbare Anwendung formeller gesetzlicher Normen hanlt, wurde an früherer Stelle abgelehnt[139]. Es sei an dieser Stelle nochmals rvorgehoben, daß in den in Frage stehenden Fällen lediglich die Voraussetzungen r die Gewährung der Begünstigung unmittelbar gesetzlich geregelt sind, r die - ganz andere - Frage der Rücknahme indessen das Erlaßgesetz jedenfalls cht unmittelbare und ausschließliche Geltung besitzt. Die Rücknahme wird cht deswegen ausgeschlossen, weil es im konkreten Fall "gerechter" gewesen äre, die Begünstigung trotz mangelnder Voraussetzungen zu gewähren, sondern eil ein anderer Rechtssatz, nämlich der, das berechtigte Vertrauen des Begünigten zu schützen, die Entziehung der einmal gewährten Begünstigung verbietet. hat sich im Verlauf unserer Untersuchungen gerade auch gezeigt, daß die den us der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abgeleiteten Argumenten gegenüberstenden Vertrauensschutz- und Rechtssicherheitsgesichtspunkte keineswegs bloße lligkeitserwägungen oder dergl. darstellen, sondern daß sie ebenso wie die Folrungen aus der Gesetzmäßigkeit Ausstrahlungen positiver Verfassungsprinzipien nd und daher letztlich gleichermaßen auf "Gesetz" gründen.

Damit kann auch der Lösung Saladins[140] nicht gefolgt werden, der ganz auf us Legalitätsprinzip abhebt und eine Beschränkung der Rücknehmbarkeit ledigch aus einer diesem selbst immanenten Begrenzung anerkennt, die seine Anendbarkeit "bis ins Extrem"[141] ausschließt. Indem er darauf abstellt, daß die nwendung einer positiven Gesetzesnorm "dort ihre Grenze findet, wo die ratio es Gesetzes im Einzelfall ihr Gewicht weitgehend verliert und dadurch ein Mißrhältnis zu den konträren, vom Gesetzgeber ursprünglich nicht berücksichtigten ler sich erst nachträglich aktualisierenden Werten entsteht"[142] zielt er im Grune auf die Gesetz-und-Recht-Problematik ab. Er selbst bezeichnet seine Erwägunen als Ausdruck "der Parömie summum ius - summa iniuria" [143]. Saladin bechtet damit aber die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen Gewährung der Be-

---

138) Vgl. Schnorr, a.a.O., S. 139; ähnlich auch Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, S. 23 f.

139) Vgl. S. 88 f oben. S. 64 ff. 140) Vgl. S. 149 - 169. 141) S. 150.

142) S. 157 143) S. 157.

günstigung und Rücknahme nicht genügend. Die Schranken der Rücknehmbarkeit liegen nicht erst dort, wo die Anwendung des Gesetzes auch sonst, d.h. bei Erlaß des VAs, ihre Grenze hätte. Vielmehr kommt eine nachträgliche "Anwendung" des Erlaßgesetzes, d.h. die Rücknahme des VAs überhaupt nur dann in Frage, wenn der Rechtswert, dem durch die Anwendung entsprochen wird, gegenüber de Vertrauensschutz überwiegt.

IV. ART. 1 UND 2 ABS. 1 GG ALS SCHRANKEN DER RÜCKNEHMBARKEIT

Bernhardt hat in seiner Arbeit "Der Rentner und seine Menschenwürde"[144] vornehmlich auf die Bedeutung der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG als absolute Schranken der Rücknehmbarkeit hingewiesen. Er geht grundsätzlich davon aus, daß der Betroffene sich zur Abwehr des staatlichen Eingriffs in seine Rechtssphäre durch die Rücknahme des fehlerhaften VAs auf sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG b rufen könne. Der Erfolg seiner Verteidigung hänge nur davon ab, wieweit sein Grundrecht gegen den Eingriff der Verwaltung Bestand habe[144a]. Die Entfaltungsfreiheit des einzelnen könne zwar durch den Vorbehalt der "verfassungsmäßigen Ordnung" beschränkt werden, die staatliche Verfügungsgewalt finde aber dort ihr Ende, wo die Beschränkung des Grundrechts zu einer Beeinträchtigung seines Wesensgehalts, zu einer Verletzung der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG führen würde. Diese Schranke zieht Bernhardt dort, "wo der rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit einen Schutz des Vertrauens des Betroffenen in de Bestand des begünstigenden, jedoch fehlerhaften Bescheides zwingend erfordert"[145].

Es bedarf keiner besonderen Begründung, daß auch in der Frage der Rücknehm barkeit begünstigender VAe jede Lösung ausgeschlossen ist, die den obersten Grundwerten unserer Verfassung, nach denen jede Rechtsanwendung ausgerichtet sein muß, zuwiderläuft. So wurden die Art. 1 und 2 Abs. 1 GG auch bereits in die Betrachtung einbezogen, indem wir gerade wegen der zentralen Stellung de Grundrechte und insbesondere des Art. 1 GG als Ausgangsnorm unserer Rechtsord nung einen materiellen Rechtsstaatsbegriff zugrunde gelegt haben. Dieser Rechts staatsbegriff bezieht seine Werterfülltheit vor allem aus den Art. 1 und 2 GG; denn die Rechtsidee, deren Verwirklichung Ziel der Rechtsstaatlichkeit ist, wird

---

144) ZfSR 1959, 540 ff. 144a) A.a.O., S.547/548.
145) A.a.O., S.553/554. Vgl. ferner Zuck, DÖV 60, 580.

ornehmlich in diesen Grundnormen verkörpert. In Übereinstimmung mit dieser nterpretation des Rechtsstaatsprinzips empfangen auch die Grundsätze des Ver-auensschutzes und der Rechtssicherheit im letzten ihre grundsätzliche Geltungs-raft aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG[145a]. Das in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete echt auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das auch die Freiheit der Betäti-ung auf wirtschaftlichem Gebiet umfaßt[146], schließt Eingriffe in die Rechts-phäre des Bürgers zwar nicht aus, fordert aber doch ein gewisses Maß an Vorher-ehbarkeit und Vorausberechenbarkeit staatlicherseits vorgenommener Belastun-en, da sonst der Mensch zum Spielball des staatlichen Geschehens gemacht und amit die Wesensgehaltssperre der (wirtschaftlichen) Entfaltungsfreiheit ver-etzt würde[146a]. Eine vollständige Verneinung des Vertrauensschutzes würde da-er sicher auch gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstoßen. Da die Verfassung mithin die n Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit begünstigender VAe gegründete Betätigung rundsätzlich schützt, schützt sie in gleichem Maße auch das Ergebnis dieser Tä-gkeit, d.h. den durch eigenverantwortliche Leistung erworbenen Güterstand[147].

Ist somit die grundsätzliche Bedeutung der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG als innerster eltungsgrund für den Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit llgemein zu bejahen, so wäre es doch verfehlt, in diesen Grundgesetznormen al-ein die unmittelbaren Schranken der Rücknehmbarkeit zu sehen und in jedem onkreten Rücknahmefall auf sie zurückzugreifen. Sie bilden gewissermaßen nur as Fundament, auf dem die Rücknahmelehre aufzubauen hat, ohne jedoch für en einzelnen Rücknahmefall stets aktuelle Bedeutung zu gewinnen. Tatsächlich ollzieht sich die Güterabwägung, von der die Entscheidung über Aufrechterhal-ng oder Rücknahme eines fehlerhaften VAs abhängig ist, meist schon weit im orfeld dieser obersten Verfassungswerte, ohne daß auf sie selbst zurückgegriffen erden müßte. Damit dürfte auch Bernhardt über das Ziel hinausgeschossen sein, enn er die Frage der Rücknehmbarkeit von Rentenbescheiden zum Problem der Menschenwürde des Rentners" überhöht[147a].

V. EIGENTUMSGARANTIE UND RÜCKNAHME

Als weitere verfassungsrechtliche Schranke für die Rücknehmbarkeit begünsti-

---

145a) Vgl. Bernhardt, a.a.O., S.543; LSG Bremen DVBl. 61, 338 (340).
146) Maunz-Dürig, Art. 2 I, Rdnr. 11.
146a) Maunz-Dürig, Art. 2 I, Rdnr. 47.
147) Vgl. Dürig, Festschrift für W. Apelt, S.27.
147a) Vgl. Maunz - Dürig, Art. 20, Rdnr. 147, S. 63, Fußnote 2.

gender VAe ist noch Art. 14 GG in Betracht zu ziehen. Die Eigentumsgarantie kommt allerdings als allgemeine Schranke der Rücknehmbarkeit nicht in Frag sondern kann von vornherein nur in den Fällen erwogen werden, in denen der ursprüngliche, zurückzunehmende VA eine der Eigentumsgarantie unterstehende Rechtsposition geschaffen hat, denn nur dann greift der Rücknahmeakt in das "Eigentum" im Sinne des Art. 14 GG ein[148].

Dabei sind zunächst einmal die VAe ins Auge zu fassen, die unmittelbar priva tes Eigentum oder Eigentumsrechte verschaffen. Es sind dies vor allem die Akte der klassischen Enteignung, durch die privatrechtliches Eigentum oder andere ding liche Rechte dem Rechtsinhaber entzogen und auf einen anderen Berechtigten übe tragen werden. Ist in einem solchen Fall die dingliche Rechtsänderung kraft des hoheitlichen Enteignungsakts eingetreten, so fragt es sich, in welcher Form der Rechtserwerb erforderlichenfalls wieder rückgängig gemacht werden kann, insbesc dere, ob dies durch einfache Aufhebung des Enteignungsakts oder nur im Wege de Rückenteignung unter den Voraussetzungen des Art. 14 Abs.3 GG geschehen kann.

Sofern es sich um eine ordnungsgemäße und fehlerfreie Enteignung handelt, ist eine Aufhebung des Enteignungsakts und damit des Rechtserwerbs desjenigen, zu dessen Gunsten die Enteignung erfolgte, sicherlich nicht durch bloßen Widerruf möglich. Vielmehr wird man Art. 14 Abs. 3 GG anzuwenden haben und eine formelle Rückenteignung für erforderlich halten müssen. Verschiedene Enteignungsgesetze tragen dem Rechnung, indem sie die Möglichkeit einer Rückenteignung unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich regeln[149]. Der Gesetzgeber brin damit zum Ausdruck, daß er in diesen Fällen den bloßen Widerruf nicht für ausreichend hält und schreibt daher auch für die Rückenteignung weitgehend dasselbe Verfahren vor wie für die ursprüngliche Enteignung selbst[150].

Problematisch sind die im Rahmen unserer Untersuchungen vor allem interessie renden Fälle, in denen Enteignungsakte mit Fehlern behaftet sind. Führt die Fehl haftigkeit der betreffenden VAe nicht gerade zur Nichtigkeit, so kann die Enteignung gleichwohl wirksam sein; der Begünstigte wird also vollgültiger Inhaber des zugewiesenen Rechts[151]. Will man nicht, Forsthoff folgend[152], der Rücknahme jede selbständige Bedeutung gegenüber dem ursprünglichen VA absprechen, so wi

---

148) Vgl. Saladin, S.170 f.

149) Vgl. § 102 Bundesbaugesetz vom 23.6.1960 (BGBl. I S.341); § 57 Landbesch fungsgesetz vom 23.2.1957 (BGBl. I S.134); ähnlich früher § 51 Baulandbesc fungsgesetz; siehe auch § 59 Bad. Enteignungsgesetz.

150) Vgl. § 102 Abs. 6 BBauG; § 57 Abs. 4 LandbeschG.

151) Anders dann, wenn es gerade an solchen Voraussetzungen fehlt, von denen de Eigentumserwerb abhängig ist.

an nicht umhin können, auch bei fehlerhafter Enteignung die einfache Rücknahme des enteignenden VAs im Hinblick auf Art. 14 Abs. 3 GG auszuschließen. Für den Eigentumsschutz des Art. 14 GG kann es auch kaum darauf ankommen, wie das Eigentum erworben wurde. Bei der fehlerhaften, aber trotzdem wirksamen Enteignung bleibt daher ebenso wie bei der fehlerfreien lediglich die formelle Rückübereignung, die aber gemäß Art. 14 Abs. 3 GG nur auf Grund eines Enteignungsgesetzes zulässig wäre. Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes erweist sich insoweit in der Tat als Schranke der Rücknehmbarkeit.

Praktisch dürfte freilich die Rücknahme eines Enteignungsaktes dieser Art zumeist auch schon nach den allgemeinen Regeln ausgeschlossen sein. Es ist nämlich zu beachten, daß es sich bei den VAen, die eine klassische Enteignung zum Inhalt haben, um sogenannte privatrechtsgestaltende VAe handelt, die zudem noch in einem mit besonderen Garantien ausgestatteten Verfahren ergehen, bei-de Umstände, die - wie noch zu zeigen sein wird[153] - in erhöhtem Maße für die Aufrechterhaltung des fehlerhaften VAs ins Gewicht fallen.

Abgesehen von den eben erwähnten Fällen sind aber die Rechtspositionen, die durch VAe geschaffen werden, meist nicht privatrechtlicher Natur, sondern gehören dem öffentlichen Recht an. Es spielt somit in diesem Zusammenhang auch die Frage eine Rolle, ob subjektive öffentliche Rechte vom Eigentumsschutz umfaßt werden. Während der BGH[154] Art. 14 GG auf jedes vermögenswerte Recht, "gleichgültig, ob es dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht angehört", bezogen wissen will, hebt das BVerfG jetzt [155] differenzierend darauf ab, ob eine Rechtsposition "derjenigen des Eigentümers so nahe kommt, daß Art. 14 GG Anwendung finden muß". Sicherlich ist es nicht richtig, die subjektiv-öffentlichen Rechte unterschiedslos dem Eigentumsschutz zu unterstellen[156]. Andererseits wird aber in der Lehre fast durchweg anerkannt, daß Art. 14 GG jedenfalls nicht nur privatrechtliche Berechtigungen zuzuordnen sind[157]. Auf dem Standpunkt einer "differenzierenden Lösung", die heute überwiegend vertreten wird[158], steht auch Dürig, der neuerdings die Frage eingehend erörtert hat[159], und dem hier im we-

---

152) S. 241. 153) S. S.158 f und S. 188 ff.

154) BGHZ 6, 270 (278).

155) BVerfGE 4, 219 (241); vgl. noch BVerfGE 1, 264 (278 ff); 2, 380 (399 ff); 3, 58 (153).

156) Die entsprechende Äußerung des BGH hat insoweit auch beinahe einhellige Ablehnung gefunden (vgl. dazu Dürig, Festschrift f. W. Apelt, S. 21, Fußnote 23; BSGE 5, 40 (42)).

157) Vgl. W. Weber, Grundrechte, Bd. II, S. 354; weitere Nachweise bei Dürig, a.a.O., S. 23, Fußnote 25.

158) Vgl. Dürig, a.a.O., S. 23.

159) Festschrift f. W. Apelt, S. 13 ff.

sentlichen gefolgt werden soll. Dürig will als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG alle durch eigenverantwortliche Leistung erworbenen vermögenswerten öffentlichen Berechtigungen gelten lassen[160], wobei eigentumsbegriffsbildende Leistungen sowohl Kapitaleinsatz als auch Arbeitseinsatz oder Einsatz von Leben Gesundheit usw. sein können[161].

Betrachtet man von diesem Standpunkt aus die Rücknahmeproblematik, so sin zunächst zwei Fallgruppen zu unterscheiden[162]: Zum einen sind die Fälle der öffentlichrechtlichen Sicherungen, wie Rentenleistungen, Beamtenversorgung us ins Auge zu fassen, bei denen die öffentlichrechtliche Berechtigung das Ergebnis eigener Leistung darstellt. Insoweit ist nun freilich festzustellen, daß eine fehlerhaftem VA beruhende Rechtsposition dieser Art nicht als durch eigene Leistung erdient angesehen werden kann. Eine Rentenleistung, hinsichtlich deren der Begünstigte die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, ist jedenfalls nic in diesem Sinne "wohlerworben", sie stellt gerade nicht, wie bei der rechtmäßig gewährten Rente das Äquivalent für seine Beitragsleistungen dar.

Die andere Fallgruppe umfaßt diejenigen öffentlichrechtlichen Berechtigunge die vor die eigene Leistung geschaltet sind und die Voraussetzung für den Einsatz von Kapital und Leistung bilden. Es handelt sich hier vor allem um die staa lichen Genehmigungen im weitesten Sinne. Der begünstigende VA als solcher un die aus ihm hervorgehenden Berechtigungen sind als solche auch dann, wenn sie Übereinstimmung mit der Rechtsordnung erteilt wurden, noch kein Eigentum im Sinne der Verfassung, es fehlt noch der Einsatz eigener Leistung als eigentumsbe griffsbildendes Merkmal[163]. Anders dann, wenn die Berechtigung "ins Werk ge setzt", von ihr also Gebrauch gemacht wurde, wobei es dann nicht mehr darauf ankommt, ob es sich um eine Gewährung, Gestaltung oder Ausnahmebewilligun handelt[164]. Dürig hält es nun auch insoweit für selbstverständlich[165], daß ins Werk gesetzte Vermögenspositionen öffentlichen Rechts nur dann Eigentum im Sinne der Verfassung sind, wenn sie in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung erworben wurden. Das von ihm angeführte Beispiel[166], daß das Inswerksetzen n einen wegen Erschleichung fehlerhaften VA "heilen" könne, so daß die Entziehu des subjektiven Rechts nichts mit Art. 14 zu tun habe, ist im Ergebnis auch zutr fend. Es fragt sich aber, ob dasselbe auch für nicht erschlichene, sondern aus an deren Gründen fehlerhafte VAe uneingeschränkt zu gelten hat. Auch bei dieser

---

160) A.a.O., S.41.

161) A.a.O., S.43/44 gegen die im wesentlichen "kapitalorientierten" Lösungen Forsthoffs, NJW 55, 1250 und Ules, ZfSR 1956, 181.

162) Dürig, a.a.O., S.36

163) Dürig, a.a.O., S.46; vgl. auch Erning, DVBl. 60, 467 (468).

164) Dürig, a.a.O., S.46.

165) A.a.O., S.47.

166) A.a.O., S.47, Fußnote 93.

grage muß die Überlegung angestellt werden, daß auch eine zunächst nur forma-
e, materiell nicht berechtigte Rechtsstellung aus Gründen des Vertrauensschutzes
nd der Rechtssicherheit zu einer materiell berechtigten werden kann oder als
olche zu behandelnist. Gerade wenn man das entscheidende Gewicht auf die
eistung des Begünstigten, d.h. auf Einsatz von Kapital oder Arbeit legt, so kann
s, sofern diese Leistung im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des VAs tatsächlich
rbracht wird, nicht darauf ankommen, ob der begünstigende VA ursprünglich
hlerhaft war oder nicht. Ist die auf fehlerhaftem VA beruhende Rechtsposition
urch Überwiegen des Vertrauensschutzes - wobei für das Gewicht dieses Rechts-
erts gerade die Gesichtspunkte des "Inswerksetzens" und des Einsatzes von Arbeit
nd Kapital von Bedeutung sind[167] - zu einer "berechtigten" im früher erörter-
en Sinne geworden und deshalb die Rücknahme ausgeschlossen, so muß ihr bei
orliegen der übrigen Voraussetzungen auch Eigentumsqualität zuerkannt werden.
ies bedeutet im Grunde keinen Widerspruch zu der These Dürigs. "Erworben"
erden derartige Berechtigungen ja nicht allein durch fehlerhaften VA, sondern
raft der Umstände, die ein Überwiegen des Vertrauensschutzes und der Rechts-
cherheit bedingen. Da Vertrauensschutz und Rechtssicherheit gerade Forderun-
en der Rechts- (Verfassungs) ordnung darstellen, ist die Berechtigung auch in Über-
instimmung mit dieser erlangt[168].

Damit zeigt sich aber auch, daß die Eigentumsgarantie für die gesetzlich nicht
eregelten Rücknahmefälle als Schranke der Rücknehmbarkeit im allgemeinen kei-
e selbständige Bedeutung besitzt[169]. Die Rechtsstellung, die durch einen fehler-
aften VA begründet wird, kann grundsätzlich nur zu einer erdienten Rechtsposi-
on werden, wenn sie aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicher-
eit ohnehin nicht aufgehoben werden könnte[170]. Für die nach den bisher erar-
eiteten Grundsätzen rücknehmbaren Rechtspositionen kann mithin ein Eigentums-
chutz kaum in Frage kommen.

---

(167) Siehe unten S. 109 ff.

(168) Vgl. auch Wolff, S. 299, der offenbar ebenfalls davon ausgeht, daß durch einen mangelhaften VA eine eigentumsähnliche Rechtslage entstehen kann.

(169) Es kann daher auch auf die Erörterung der weiteren Frage, die hier nur angedeutet werden soll, verzichtet werden, ob nämlich nicht auch bei der ersten Fallgruppe nachträglich durch besondere Aufwendungen im Vertrauen auf die Rechtsstellung eine eigentumsgleiche Position erlangt werden kann.

(170) Siehe aber Menger, Verw. Arch. 50, 90 zum Urteil des BSG (BSGE 7, 226 ff), der im Falle eines VAs mit Widerrufsvorbehalt zwar dem Vertrauensschutz nur beschränkte Wirksamkeit zukommen lassen will, dagegen aber meint, die jahrelange gleichmäßige Rentengewährung habe sich im betreffenden Fall auf dem Wege zu einer eigentumsähnlichen Rechtsposition befunden.

VI. SOZIALSTAATSENTSCHEIDUNG DES GG UND RÜCKNAHME

Nicht nur die Rechtsstaatlichkeit, sondern auch das Sozialstaatsprinzip wird vom Grundgesetz in Art. 20 gewährleistet. Verschiedentlich wird auch hinsichtlich der Rücknahme begünstigender VAe gerade auf diesen Grundsatz Bezug genommen und versucht, daraus Schranken für die Rücknehmbarkeit herzuleiten. Insbesondere bei den für die Rücknahmefrage praktisch sehr bedeutsamen VAen auf dem Gebiet des Sozialrechts[171] liegt es nahe, die Grenzen ihrer Rücknehmbarkeit im Sozialstaatsprinzip selbst zu suchen. So hat etwa das LSG Bremen in einer bereits erwähnten Entscheidung[172] nicht zuletzt unter Berufung auf die Sozialstaatlichkeit die Rücknahme eines fehlerhaften Witwenbeihilfebescheides im betreffenden Fall für unzulässig gehalten. Demgegenüber wird andererseits eingewendet[173], die Frage der Rücknehmbarkeit könne nicht durch soziale, son dern nur durch rechtliche Erwägungen gelöst werden[174]. Mit Entschiedenheit we det sich auch Forsthoff[175] gegen alle Versuche, die Rücknehmbarkeit aus sozialstaatlichen Erwägungen heraus einzuschränken.

Angesichts dieser Meinungsverschiedenheiten erscheint es angezeigt, die Bede tung des Sozialstaatsbekenntnisses des Grundgesetzes für das Rücknahmeproblem l zu beleuchten. Schon ein oberflächlicher Blick in die Literatur zeigt, daß über d Folgerungen, die sich aus dem Adjektiv "sozial" in Art. 20 Abs. 1 GG für unsere Rechtswirklichkeit ergeben, noch weitgehend Uneinigkeit und Streit herrscht[176]. Unabhängig von diesem Meinungsstreit dürfte sich jedoch feststellen lassen, daß sich aus dem Sozialstaatsgedanken kaum etwas wesentliches für die Rücknahmefr entnehmen läßt. Faßt man etwa im Sinne Forsthoffs die Sozialstaatsbestimmung als eine Gewährleistung auf, die in erster Linie auf positive Leistung, auf "Teilhabe" gerichtet ist, wohingegen das in gewisser Weise gegensätzliche Prinzip der Rechtsstaatlichkeit wesentlich auf Ausgrenzungen hinzielt[176a], so zeigt es sich

---

171) Rentenbescheide u.ä. 172) BB 57, 543.

173) Buchwitz, Arbeit, Beruf und Arbeitslosenfürsorge, 1957, S. 288; dagegen Rhower-Kahlmann, Soziale Sicherheit, 1957, 358 ff.

174) Buchwitz geht a.a.O. von der irrigen Voraussetzung aus, es handle sich um eine Frage des Verfahrensrechts.

175) Vorwort z. 7. Aufl.; siehe auch Kretschmer, ZBR 61, 9 (10).

176) Vgl. VVDStRL 12, S. 8 ff mit Referaten von Forsthoff und Bachof; s. ferner Forsthoff: "Verfassungsprobleme des Sozialstaats", Münster 1954 und die Darstellung der verschiedenen Auffassungen bei Gerber, AöR 81, S. 1 ff.

176a) Forsthoff, VVDStRL 12, 18/19.

ß es gerade bei der Frage der Rücknehmbarkeit darum geht, ob die erlangte chtsposition noch innerhalb des Bereiches liegt, "vor dem die Staatsgewalt lt macht"[177], also um die Frage einer Ausgrenung im Sinne Forsthoffs. Mit r Gewährleistung einer "Teilhabe" hat das Rücknahmeproblem unmittelbar chts zu tun. Sozialstaatliche Erwägungen in diesem Sinne können lediglich ne Rolle für die Frage spielen, ob es sozial gerecht ist, dem betreffenden irger die Begünstigung zu gewähren oder nicht. Darum geht es aber bei der icknahme einer einmal gewährten Begünstigung gerade nicht[178].

Aber auch wenn man etwa unter Zugrundelegung der Auffassung Bachofs in r Sozialstaatserklärung Ermächtigung und Auftrag zur Gestaltung der Sozialordung sieht, wobei ein wesentliches Element dieses Auftrags die Herstellung und ahrung sozialer Gerechtigkeit ist[179], so muß festgestellt werden, daß die icknehmbarkeit kaum als eine Frage spezifisch s o z i a l e r Gerechtigkeit angerochen werden kann. Zwar ist nicht zu verkennen, daß gerade auch die Sozialaatserklärung ein wichtiges Indiz dafür darstellt, daß das Grundgesetz einen erterfüllten Rechtsstaatsbegriff errichten wollte. Hinsichtlich des Strebens nach urchsetzung materieller Gerechtigkeit decken sich die Forderungen des Sozialaats mit denen des Rechtsstaats weithin. Gerechtigkeitsstaat kann auch der echtsstaat als solcher schon sein, wenn man nicht, wie etwa Forsthoff, diesen egriff rein formal auffaßt[180]. Während es sich bei der Rücknahme gerade darum ndelt, dem Einzelnen zu seiner individuellen Gerechtigkeit zu verhelfen, entilt die Sozialstaatsentscheidung als wesentliches Element auch den Anruf an die genverantwortlichkeit des Einzelnen im Sinne einer Verpflichtung zur Rücksichtahme auf das Ganze[181]. Der Sozialität läuft es im Grunde eher entgegen, dem nzelnen einen auf Kosten der Allgemeinheit rechtswidrig erlangten Vorteil zu elassen. Im Hinblick darauf erweist sich das Prinzip der Rechtssicherheit als chranke der unbegrenzten Durchsetzung spezifisch sozialer Gerechtigkeit. Ande-

---

(77) Forsthoff, a.a.O., S.18.

(78) Daher gehen auch die Ausführungen des LSG Bremen BB 57, 543 am Kern des Problems vorbei.

(79) VVDStRL 12, 39/40. 180) Vgl. Bachof, VVDStRL 12, 40.

(81) In diesem Sinne Gerber, AöR 81, 39/40.
Hierauf haben insbesondere Fechner ("Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat" in Recht und Staat, Heft 174, 1953, S.14 und "Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht" in Recht der Arbeit, 1955, Heft 5) sowie Friesenhahn ("Staatsrechtslehrer und Verfassung" Bonner Rektoratsrede 1950, S.11) hingewiesen. Auch Bachof betont die Verpflichtung zur sozialen Verantwortung (a.a.O., S.46). Siehe auch Bernhardt, ZfSR, 1959, 550.

rerseits ist die Gewährung von Rechtssicherheit in abgewogenem Maße freilich auch wieder zur Gewährleistung und Durchsetzung des sozialen Status des Einzelnen notwendig[182].

---

182) Bachof, VVDStRL 12, 45.

5. Kapitel

Der Grundsatz der Güterabwägung und seine praktische Anwendung - Einzelne Grundsätze für die Rücknahme begünstigender VAe

. ALLGEMEINES ZUR GÜTERABWÄGUNG

1. "Interessenabwägung" und Güterabwägung

In Rechtsprechung und Lehre wird die Frage, wann die Rücknahme eines begünstigenden VAs zulässig ist, überwiegend von einer "Interessenabwägung" abhängig gemacht. Es sei an dieser Stelle vor allem nochmals an die Rechtsprechung des VerwGs erinnert, wonach im Einzelfall abzuwägen sei "zwischen dem grundsätzlich zu bejahenden öffentlichen Interesse an der gleichmäßigen Gewährleistung eines dem Gesetz entsprechenden Rechtszustandes..... und dem Einzelinteresse des begünstigten Bürgers, der in seinem Vertrauen auf die Beständigkeit behördlicher Entscheidungen mit Recht nicht getäuscht sein will"[1]. Insbesondere Werning hat gegen die Maßgeblichkeit der "Interessenabwägung" den Einwand vorgebracht, die Rücknahme bedürfe, da sie einen belastenden VA darstelle, nach rechtsstaatlichen Grundsätzen einer gesetzlichen Grundlage. Zwar werde alle Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung vom öffentlichen Interesse her bestimmt, jedoch genüge ein öffentliches Interesse a l l e i n noch nicht, um Belastungen des Bürgers zu rechtfertigen[2].

Dazu ist vom vorliegend vertretenen Standpunkt aus zu sagen: Richtig ist, daß für die Rücknahme ein öffentliches Interesse a l l e i n nicht ausreichen kann, sondern daß in erster Linie eine Ermächtigungsnorm zu suchen ist. In dieser kommt dann freilich gerade das öffentliche Interesse an der Rücknahme zum Ausdruck. Als eine solche Rechtsnorm hatten wir das Vorrangsprinzip in Verbindung mit der durch den fehlerhaften VA verletzten Gesetzesvorschrift erkannt. Während im Gesetzmäßigkeitsprinzip in genereller Weise das öffentliche Interesse an der Beachtung des gesetzten Rechts hervortritt, manifestiert das im Einzelfall verletzte Gesetz das besondere öffentliche Interesse an der Herstellung eines gerade diesem Gesetz entsprechenden Zustandes. Dem wurde das Prinzip des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit gegenübergestellt, Rechtsgrundsätze, in denen das entgegengesetzte Interesse insbesondere des Begünstigten selbst an der Aufrechterhaltung des VAs zum Ausdruck kommt. Insoweit kommt es daher auch nicht auf das subjektive faktische Interesse[3] an, das der Einzelne oder die Allgemeinheit an der Auf-

---

1) BVerwGE 5, 312.
2) DVBl. 59, 795 ff (796); DVBl. 60, 190.
3) Zu diesem Begriff Wolff, VerwR I, S.124.

rechterhaltung oder Aufhebung eines fehlerhaften VAs tatsächlich hat, sondern auf die vom Gesetzgeber verbindlich zum Ausdruck gebrachten maßgebliche Interessen[4]. Indem sie von Gesetzes wegen als maßgeblich anerkannt und unter den Schutz der Rechtsordnung gestellt werden, erstarken sie zu Rechtsgütern. Wir haben daher oben statt von einer Interessenabwägung von einer Güterabwägung gesprochen[5].

In diesem Sinne versteht auch das BVerwG seinen Begriff der "Interessenabwägung". Es will keineswegs jedes im konkreten Fall zufällig vorhandene Interesse berücksichtigt wissen, sondern stellt ebenfalls wesentlich auf die aus dem Vorrang des Gesetzes einerseits und die aus dem Vertrauensschutz- und Rechtssicherheitsgrundsatz andererseits abzuleitenden maßgeblichen Interessen ab.

2. Ermessens- oder Rechtsfrage ?

Vielfach wird die Frage, ob die Verwaltung einen fehlerhaften begünstigenden VA zurücknehmen darf oder nicht, als eine Ermessensfrage angesehen, wobei sich die Schranken der Rücknehmbarkeit dann daraus ergeben sollen, daß die Rücknahme nicht ermessensfehlerhaft sein darf. So führt etwa Haueisen[6] aus, es käme darauf an, "inwieweit es dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung entspreche, von dem Recht zur Rücknahme[7] Gebrauch zu machen". In der Rechtsprechung will beispielsweise der Hessische VGH die Entscheidung der Frage, ob die Herstellung eines gesetzmäßigen Zustandes vor dem der Rechtssicherheit dienenden Weiterbestehen des einmal erlassenen Aktes der Vorrang einzuräumen ist, ins Ermessen der Behörde stellen[8].

Um ein echtes Handlungsermessen kann es sich jedoch hinsichtlich der Befugnis der Behörde zur Rücknahme deshalb nicht handeln, weil diese zwingend vom Vorhandensein einer Ermächtigungsnorm abhängt. Wird die Rücknahme eines begünstigenden VAs vom Vorrang des Gesetzes nicht mehr gedeckt, weil die Rechtsstellung des Begünstigten kraft des Vertrauensschutzes als rechtsmäßig anz

---

4) Wolff, a.a.O., S.128.

5) Siehe auch OVG Berlin ES Bd.5, S.1 (6) = DVBl. 57, 503 (505); Bernhardt, ZfSR 1959, 553.

6) Vgl. NJW 54, 1427; DVBl. 57, 506.

7) Haueisen geht davon aus, daß die Behörde grundsätzlich zur Rücknahme befugt ist, stimmt jedoch im Ergebnis mit der Auffassung des OVG Berlin (ES Bd.5, S. = DVBl. 57, 503) und der Rechtspr. des BVerwG überein. Worin er eigentlich den Ermessensspielraum der Verwaltung erblickt, ist nicht erkennbar. Jedenfalls können die von ihm praktisch vorgenommenen Einschränkungen kaum lediglich dem Verbot des Ermessensmißbrauchs und der Ermessensüberschreitung abgeleitet werden.

8) Hess. VGH VRspr. 11, 803 (808); vgl. auch VGH Karlsruhe VRspr. 3, 304;

hen ist, so ist die Rücknahme insoweit unzulässig. Ob die Behörde einen be-
instigenden VA zurücknehmen darf, hängt daher nicht von ihrem Ermessen,
ndern von der Entscheidung der Rechtsfrage ab, welche der sich gegen-
erstehenden Rechtsgüter überwiegen. Wie das OVG Berlin treffend feststellt[9],
ht es bei der Abwägung allein um die Feststellung einer Rechtsfolge, die
ch aus der Anwendung von Rechtssätzen des Verwaltungs- und Verfassungsrechts
r den konkreten Fall ergibt. Die von der Behörde bei dieser Feststellung vorge-
mmene Wertung ist eine rein rechtliche und daher auch gerichtlich nachprüfbar.
a bei der Abwägung unbestimmte Rechtsbegriffe eine nicht unwesentliche Rolle
ielen, wird der Verwaltung allerdings häufig ein gewisser Beurteilungsspielraum
igestanden werden müssen[10].

Eine andere Frage ist nun die, ob die Behörde im Falle der Zulässigkeit die
icknahme auch aussprechen muß oder ob es insoweit ihrem pflichtgemäßen
messen überlassen bleibt, wann sie von einer bestehenden Rücknahmebefugnis
ebrauch macht. Das Problem, dem im Rahmen der vorliegenden Untersuchung
cht weiter nachgegangen zu werden braucht[11], dürfte grundsätzlich im erste-
n Sinne zu entscheiden sein. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, genauer der
orrang des Gesetzes, als dessen Folge wir die Berechtigung zur Rücknahme er-
nnt haben, spricht zugleich auch für die Verpflichtung der Behörde, unrecht-
äßige VAe zu beseitigen.

3. Anwendbarkeit für die Verwaltungspraxis

Die für die Entscheidung praktisch bedeutsamer Rechtsfragen maßgebenden
echtsregeln sollen nicht nur zu gerechten Ergebnissen führen, sondern müssen
ich für die Praxis anwendbar sein, wollen sie sich nicht dem Vorwurf reiner
heorie aussetzen. In dieser Hinsicht ist nun nicht zu verkennen, daß die vorlie-
end vertretene Lösung der Rücknahmefrage für die Verwaltungspraxis nicht leicht
u nehmende Schwierigkeiten aufwirft. Handelt es sich doch bei der Rechtsregel
er Güterabwägung um eine sehr weite Generalklausel, deren Anwendung die Be-
örde im Einzelfall vor schwierige Wertungsfragen stellen kann, wobei ihr zu-
ächst noch objektive Maßstäbe fehlen[12]. Gerade der Gesichtspunkt der Rechts-
icherheit, der als Argument für die Aufrechterhaltung fehlerhafter begünstigender
Ae verwertet wurde, schließt Rechtssätze, die in ihrer Anwendung unsicher sind,
n Grunde aus.

OVG Lüneburg ZBR 58, 346 (348).
DVBl. 57, 503 = ES Bd. 5, S.1 ff. 10) Vgl. dazu Bachof, JZ 55, 97 ff.
1) Über die Pflicht zur Rücknahme vgl. Zolles, Die Verpflichtung der Verwal-
tungsbehörden zur Rücknahme von VAen, 1956, neuerdings auch BVerwG DVBl.
62, 562.
2) Vgl. Menger, Verw. Arch. 49, 374 und Schäfer, S.38.

Obwohl sich die genannten Schwierigkeiten bis zu einem gewissen Grade nicht umgehen lassen, ist doch folgendes zu bedenken:

Der fehlerhafte VA ist trotz angeblicher Überlastung der Verwaltungsbehörden und teilweise komplizierter Gesetzeslage immer noch eine Ausnahmeerscheinung. Die Erschwerung der Rücknehmbarkeit dürfte darüber hinaus geeignet sein, die Zahl der fehlerhaften VAe weiter einzuschränken. Während sich die Behörde im Falle unumschränkter Rücknehmbarkeit bei Erlaß eines VA immer noch mit dem Gedanken beruhigen kann, eventuell unterlaufene Fehler nachträglich wieder zu beseitigen, wird sie sich durch die Beschränkung der Rücknahmemöglichkeit dazu angehalten fühlen, die Voraussetzungen vor dem Ergehen des VAs noch sorgfältiger zu prüfen[13]. Muß doch der einzelne Beamte damit rechnen, vom Dienstherrn regreßpflichtig gemacht zu werden, wenn eine versehentlich zu Unrecht gewährte Leistung nicht mehr vom Begünstigten zurückgefordert werden kann. Gewiß werden sich fehlerhafte VAe nie völlig vermeiden lassen, schon weil die Fehlerhaftigkeit auch auf anderen Ursachen beruhen kann als auf fehlsamem Verhalten der Verwaltung. Immerhin wäre aber gerade im Interesse der Rechtssicherheit schon eine Verringerung der "Fehlerquote" wünschenswert.

Gehört aber die Rücknahme eines fehlerhaften begünstigenden VAs in der Verwaltungspraxis zu den relativ seltenen Sonderfällen, so dürften die Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung der Generalklausel der Güterabwägung für die Verwaltung zweifellos ergeben können, nicht allzusehr ins Gewicht fallen.

Zum anderen schließt die Maßgeblichkeit der Güterabwägung im Einzelfall keineswegs aus, daß mit der Zeit konkrete Regeln und Maßstäbe für die Abwägung herausgearbeitet werden, die der Verwaltung eine sichere Entscheidung des einzelnen Rücknahmefalles ermöglichen. Auch bei anderen Generalklauseln unserer Rechtsordnung haben sich im Laufe einer längeren Judikatur konkrete Anwendungsvoraussetzungen herauskristallisiert, so daß sie heute im Ergebnis kaum weniger sicher zu handhaben sind, als tatbestandsmäßig eng umgrenzte Rechtsnormen. Durchforscht man die schon recht umfangreiche Rechtsprechung und Literatur zur Rücknahmefrage, so bieten sich bereits eine Fülle praktischer Gesichtspunkte, die bestimmte konkrete Anwendungsgrundsätze erkennbar werden lassen.

So soll es auch Aufgabe der nun folgenden Erörterungen sein, den allgemeinen Grundsatz der Güterabwägung soweit als möglich zu konkretisieren und für einzelne typische Sachverhaltslagen oder VA-Gruppen Lösungsmaßstäbe herauszustellen.

---

13) Den Einschränkungstendenzen hinsichtlich der Rücknehmbarkeit liegt nicht zuletzt auch der Gedanke zugrunde, "daß die Verwaltung ebenso wie der einzelne Staatsbürger für die Qualität ihrer Arbeit einzustehen hat" (Haueisen, NJW 58, 642).

ALLGEMEINE ABGRENZUNGEN

1. Vorliegen von Wiederaufnahmegründen des Prozeßrechts

Selbst bei den Urteilen, bei denen vom Gesetzgeber generell die Rechtssicherheit als das vorrangige Gut festgelegt wurde, demgegenüber die materielle Gerechtigkeit u.U. zurücktreten muß, ist die Regel der Unabänderlichkeit nicht ausnahmslos durchgeführt. Sowohl bei den Straf- wie auch bei den Zivilurteilen ist mit den Wiederaufnahmegründen die Möglichkeit einer nachträglichen Aufhebung bereits rechtskräftiger Entscheidungen gegeben. Da gerade den gerichtlichen Urteilen nach ihrem Sinn und Zweck und nach dem Willen des Gesetzgebers ein Höchstmaß an Bestandsfestigkeit zukommen soll, kann grundsätzlich dem Gedanken der Rechtssicherheit bei anderen Staatsakten nicht noch größeres Gewicht beigelegt werden. Daraus wird meist gefolgert: Gründe, die geeignet sind, sogar formell und materiell rechtskräftige Urteile aus den Angeln zu heben, müssen erst recht ausreichen, um eine nachträgliche Aufhebung von VAen zu rechtfertigen[14]. Die Wiederaufnahmegründe werden als das "Mindestmaß des auch gegenüber VAen Erlaubten" angesehen[15]. Zugleich wird häufig betont, daß die Rücknahme von VAen im allgemeinen an weniger scharf umrissene Voraussetzungen gebunden sei, als die Beseitigung eines rechtskräftigen Urteils[16].

Es sollte indes nicht übersehen werden, daß es sich bei der Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens um die Beseitigung einer verfahrensrechtlichen Bestandskraft handelt, während es bei der Rücknahme in erster Linie um die Beständigkeit des VAs kraft materiellen Rechts geht[17]. Ist etwa die Unabänderlichkeit des rechtskräftigen Zivilurteils ganz auf der streng formlichen Ausgestaltung des Verfahrens beruht, sind auch die Wiederaufnahmegründe der ZPO zum großen Teil auf schwere Mängel des Verfahrens abgestellt, so insbesondere bei der Nichtigkeitsklage des § 579 ZPO[18]. Diese Wiederaufnahmegründe lassen sich auf das oft formlose Verfahren, in dem VAe erlassen werden, meist nicht übertragen[19].

Eher wäre schon daran zu denken, die Restitutionsgründe des § 580 ZPO zugleich entsprechend als Rücknahmegründe heranzuziehen. Aber auch sie sind zum Teil zu sehr auf den Zivilprozeß als Zweiparteienverfahren abgestellt, als daß sich eine Übertragung auf VAe generell vornehmen ließe. So kann z.B. das spätere Auffinden einer Urkunde, die eine andere Entscheidung herbeigeführt haben würde

---

14) Vgl. Sommer, DÖV 54, 716; Eyermann-Fröhler, VGG, Anh. zu § 35 Anm. IV 2 b; Jellinek, S. 282; Peters, S. 168.

15) Jellinek, S. 282.

16) Jellinek, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, VGG, a.a.O.; Haueisen, NJW 59, 701.

17) Siehe oben S. 43 f. und S. 52 ff.

18) Peters, S. 168 will auf die Wiederaufnahmeregeln der StPO zurückgreifen. Im

(§ 580 Ziff. 7 b ZPO), nicht stets die Rücknahme eines begünstigenden VAs begründen. Während es beim Zivilurteil, wo die für die eine Partei günstige Entscheidung zugleich die andere belastet, gerecht erscheinen mag, der benachteiligten Partei die Benutzung eines so starken Beweismittels, wie es eine Urkunde darstellt (vgl. §§ 415, 416 ZPO) nicht zu verwehren, besteht grundsätzlich kein Anlaß, die Rücknahme eines rein begünstigenden VAs davon abhängig zu machen, welche Beweismittel zum Nachweis der Fehlerhaftigkeit zur Verfügung stehen. Für die materiellrechtliche Frage der Rücknehmbarkeit ist es regelmäßig ohne Bedeutung, ob die Fehlerhaftigkeit auf Grund einer nachträglich aufgefundenen Urkunde oder anderweitig festgestellt werden kann[20].

Im übrigen jedoch ergeben sich gerade aus § 580 ZPO wertvolle Hinweise dafür, welche Fehler der Gesetzgeber als besonders schwerwiegend erachtet. Die gesetzlichen Wiederaufnahmegründe können mithin für die Abwägung durchaus von Bedeutung sein. Dagegen ist eine starre Regel, daß in jedem Falle bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes die Rücknahme des VAs zulässig sei, abzulehnen.

2. Vorliegen von Gründen, die auch den Widerruf eines fehlerfreien VAs ermöglicht hätten

Hingegen ist die Rücknahme eines fehlerhaften VAs auch dann stets zulässig, wenn er selbst als fehlerfreier VA hätte widerrufen werden können[21]. Dieser Gedanke wurde schon oben angedeutet. Nun ist allerdings streng genommen ein fehlerfreier VA desselben Inhalts im Hinblick auf den konkreten Sachverhalt gerade nicht möglich. Was gemeint ist, sei folgendermaßen verdeutlicht: Hat beispielsweise die Behörde irrtümlich bei einem Bürger die Voraussetzungen als vorliegend angenommen, unter denen sie ihm nach dem Gesetz eine Begünstigung nur gewähren dürfte, so ist die Begünstigung ohne Rücksicht darauf, daß diese Voraussetzungen bei dem betreffenden Staatsbürger nicht vorlagen, jedenfalls dann aufhebbar, wenn sie auch bei Vorliegen der Voraussetzungen hätte widerrufen werden können.

Hinblick auf § 153 VwGO dürfte indessen die Anwendung der §§ 578 ff ZPO näherliegen. Die Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO sind überdies in § 580 ZPO größtenteils enthalten.

19)anders, wenn auch das Verwaltungsverfahren prozeßförmig gestaltet ist.

20)Ziff. 7 a des § 580 dürfte für VAe kaum Bedeutung haben.

21)Siehe Haueisen, NJW 54, 1428.

Wann die Behörde fehlerfreie VAe widerrufen darf, kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht erörtert werden. Immerhin mag vermerkt werden, daß etwa Ausnahmebewilligungen weithin für frei widerruflich gehalten werden, solange von ihnen noch nicht Gebrauch gemacht wurde[22]. Teilweise wird auch ein Widerrufsvorbehalt ein selbständiger Widerrufsgrund gesehen[23].

I. BERÜCKSICHTIGUNG DES VERTRAUENSSCHUTZES BEI DER GÜTERABWÄGUNG

1. Voraussetzungen für die Gewährung von Vertrauensschutz

Für die Güterabwägung, von der es im Einzelfall abhängt, ob ein begünstigender VA zurückgenommen werden kann oder nicht, wurde als wesentlichster, zugunsten der Aufrechterhaltung eines fehlerhaften VAs in Gewicht fallender Gesichtspunkt der Vertrauensschutzgedanke hervorgehoben. Vertrauensschutz setzt neben der Vertrauensgrundlage - dem ursprünglich erlassenen begünstigenden VA - auch das Vorliegen eines tatsächlichen Vertrauens, also einer bestimmten inneren Einstellung des Empfängers zu dem staatlichen Ausspruch voraus[24]. Der Begünstigte muß sich im Einzelfall wirklich darauf verlassen haben, daß die durch den VA gewährte Rechtsstellung von Bestand ist. Sein Vertrauen auf den Fortbestand des begünstigenden VAs muß weiter begründet sein, es ist nur dann schutzwürdig, wenn er sich billigerweise auch darauf verlassen durfte, daß der VA aufrechterhalten bleibt.

a) Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Fehlerhaftigkeit

Diese Voraussetzungen liegen grundsätzlich nur dann vor, wenn sich der Begünstigte auf die Rechtmäßigkeit des ergehenden VAs verlassen hat, wenn er also die durch den VA getroffene Regelung für fehlerfrei hält und deswegen mit ihrem Weiterbestand rechnet[25]. Darauf, daß der behördliche Ausspruch dem Begünstigten auch tatsächlich zutreffend sagt, was im Einzelfall für ihn Rechtens ist, darf sich der Bürger auch - eben wegen des Gesetzmäßigkeitsprinzips[26] - verlassen.

Demgegenüber ist das bloße Vertrauen auf den Fortbestand eines begünstigenden VAs, etwa aus dem Grunde, weil der Begünstigte annimmt, die Behörde wer-

---

22) Siehe Schäfer, S. 59, einschränkend BVerwGE 6, 119(127/128) = NJW 58, 883.
23) Sehr bestritten! Vgl. die Darstellung bei Schäfer, S. 23 ff.
24) Siehe Stich, Vertrauensschutz, S. 36.
25) Stich, a.a.O., S. 37.
26) Siehe oben S. 80.

de die ihm bekannte oder gar durch Täuschung hervorgerufene Rechtswidrigkeit des VAs nicht bemerken, nicht geschützt werden. Wer "bösgläubig" ist, kann nicht mit Erfolg geltend machen, er habe auf den Fortbestand des VAs vertraut. Die positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit schließt mithin grundsätzlich den Vertrauensschutz aus[27) 28)].

Das gilt uneingeschränkt allerdings nur dann, wenn die positive Kenntnis der Fehlerhaftigkeit von Anfang an vorhanden war. Erfährt der Begünstigte spät daß der VA rechtswidrig ist, so ist sein Vertrauen in die Rechtmäßigkeit erst von diesem Zeitpunkt an ausgeschlossen.

Gleichwohl bedeutet dies nicht, daß der VA damit ohne weiteres für die Zei nach der Kenntniserlangung zurückgenommen werden könnte. Da der VA-Empfä in jedem Falle spätestens bei der Zurücknahme selbst erfährt, daß der begünstig de VA dem Gesetz nicht entspricht, wäre sonst bei VAen mit Dauerwirkung eine Rücknahme für die Zukunft stets möglich. Es ist aber zu berücksichtigen, daß de Begünstigte schon zu der Zeit, als er noch nichts von der Fehlerhaftigkeit wußte, sich auch für die Zukunft auf den VA eingerichtet und damit Vertrauen "investie haben kann. Dieser Umstand, der noch gesondert zu behandeln ist, kann es notw dig machen, Vertrauensschutz auch mit Wirkung über den Zeitpunkt der Kenntni erlangung hinaus zu gewähren und fehlerhafte VAe mit Dauerwirkung auch für di Zukunft aufrechtzuerhalten.

Die weitere Frage ist nun, ob nicht nur positive Kenntnis, sondern auch fahr lässige Nichtkenntnis der Fehlerhaftigkeit den Vertrauensschutz ausschli oder zumindest von so geringem Gewicht erscheinen läßt, daß die Rücknahme st zugelassen werden muß[29)]. Tatsächlich vertraut ja auch in diesen Fällen der Be günstigte auf die Rechtmäßigkeit des VAs, nur fragt es sich, ob das Vertrauen un solchen Umständen auch schutzwürdig ist. Grundsätzlich wird man von dem Bürg der durch einen VA begünstigt wird, erwarten können, daß er diesen auf seine R mäßigkeit hin prüft, wobei ihm auch eine gewisse Sorgfalt zuzumuten ist[30)]. O steht noch, welche Anforderungen an diese Sorgfaltspflicht gestellt werden solle Soll der Vertrauensschutz nur bei grobfahrlässiger Unkenntnis oder schon bei leic Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein? Ein Blick ins Zivilrecht zeigt, daß dort im Re gelfall der gute Glaube außer bei positiver Kenntnis nur noch bei grobfahrlässige

---

27)BVerwGE 8, 261 (271).

28)Demgegenüber berücksichtigt das objektive Prinzip der Rechtssicherheit die s jektive Einstellung des Einzelnen nicht. Das rechtsw. Urteil ist ohne Rücksich auf Kenntnis oder Unkenntnis der Beteiligten unwiderruflich.

29)So OVG Lüneburg ZBR 58, 346 (348); s. auch BVerwGE 8, 261 (271).

30)Stich, a. a. O., S. 37. Einen interessanten Beispielsfall bietet die Entscheidung OVG Lüneburg DVBl. 60, 492. Das Gericht befaßt sich hier - allerdings im R

nkenntnis nicht besteht[31]. Auch hinsichtlich des Schutzes des Vertrauens auf ie Rechtmäßigkeit und Rechtsbeständigkeit fehlerhafter begünstigender VAe wird n Anlehnung an diese Regelung die Schutzwürdigkeit des Vertrauens generell ur zu verneinen sein, wenn dem Begünstigten die Fehlerhaftigkeit infolge gro- er Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Dagegen ist bei nur leichter Fahr- ässigkeit der Vertrauensschutz nicht von vornherein zu versagen[32].

Entsprechende Tendenzen zeichnen sich auch in der Rechtsprechung ab, wo erschiedentlich darauf abgestellt wird, ob ein VA "offensichtlich" gegen eine indeutige Gesetzesbestimmung verstößt[33] oder ob die gezogene Rechtsfolge unter keinen Umständen" durch die wirklichen Tatsachen gerechtfertigt wird[34]. iese Formulierungen liegen offensichtlich auf derselben Linie mit denjenigen, it denen schon das Reichsgericht den Begriff der groben Fahrlässigkeit umschrie- en hat. Diese soll nach Auffassung des Reichsgerichts dann anzunehmen sein, wenn nicht das beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten ußte"[35]. Ist somit ein Vertrauensschutz nur bei positiver Kenntnis und grob- ahrlässiger Unkenntnis ausgeschlossen, so besagt das andererseits nicht, daß icht auch eine leichtfahrlässig verschuldete Unkenntnis bei der Abwägung berück- chtigt werden könnte, mit der Folge, daß dem Gedanken des Vertrauensschutzes n Einzelfall ein geringeres Gewicht zuzumessen ist. Dabei kommt es zunächst icht darauf an, wer die Fehlerhaftigkeit des begünstigenden VAs herbeigeführt at. Vertrauensschutz kann bei Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis also uch dann nicht gewährt werden, wenn der Begünstigte den Erlaß des fehlerhaften As nicht schuldhaft - etwa durch falsche Angaben - herbeigeführt hat, dieser ielmehr allein auf Fehlern beruht, die in der Sphäre der Verwaltung selbst lie- en[36].

b) Verursachung der Fehlerhaftigkeit durch den Begünstigten

In Lehre und Rechtsprechung wird nun allerdings das Verschulden des Begünstig- en überwiegend nur im Hinblick auf die Herbeiführung des fehlerhaften VAs un- ersucht. Typisch sind hierfür die Fälle, in denen der Begünstigte bei der Antrag- ellung schuldhaft unzutreffende Angaben macht und der fehlerhafte VA auf die-

---

men des § 87 II S. 2 BBG - eingehend mit der Frage, ob der Betroffene die Fehlerhaftigkeit hätte erkennen müssen.

1) Vgl. z.B. § 932 Abs. 2 BGB.

2) A. A. OVG Lüneburg ZBR 58, 346 (348). 33) OVG Berlin NJW 57, 1775.

4) BVerwGE 8, 192.

5) RGZ 141, 131; s. auch RGZ 163, 106.

6) Daß ein Verschulden der Behörde für das im Begünstigten erweckte Vertrauen ohne Bedeutung ist, betont auch das BVerwG (BVerwGE 10, 308).

sen beruht. Weitgehend ergibt sich für diese Fallgruppen die Lösung bereits aus den vorstehenden Ausführungen; denn, wer etwa grobfahrlässig eine unzutreffend für den begünstigenden VA entscheidende Angabe macht, wird sich in der Regel auch in grobfahrlässiger Unkenntnis über die Rechtmäßigkeit des VAs befinden. Gleichwohl bleibt die Frage, ob nicht für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens schärfere Anforderungen zu stellen sind, wenn die Fehlerhaftigkeit von dem Begünstigten selbst verursacht wurde. So kann nach Ansicht des BVerwGs[37] ein VA mit einmaliger Wirkung ex tunc zurückgenommen werden, wenn die Fehlerhaftigkeit des VAs auf unrichtigen Angaben des Antragstellers beruht und diesen an der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben ein Verschulden trifft, wobei es auf das Maß des Verschuldens nicht ankommt. Das Gericht hebt insbesondere hervor, Mängel der Angaben fielen dann, wenn die Behörde im Einzelfall auf die tatsächlichen Angaben des Antragstellers allein angewiesen sei, ganz überwiegend in den Verantwortungsbereich des Antragstellers. Sie sei zunächst einmal berechtigt, auf die Richtigkeit der Angaben zu vertrauen. In gleicher Weise wie das BVerwG wollen auch Wolff[38], Eyermann-Fröhler[39] und Beinhardt[40] die Rücknahme in vollem Umfang (ex tunc) stets zulassen, wenn die Fehlerhaftigkeit des VAs auf schuldhaft falschen Angaben des Begünstigten beruht. Demgegenüber stellt das OVG Berlin[41] nur auf grobfahrlässig falsche Angaben ab. Nach Dickmann[42] soll der "Widerruf" (ex tunc) auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Antragsteller die Tatsachen, die zum Erlaß des Bewilligungsbescheides geführt haben, zwar unrichtig angegeben hat, dabei aber nicht vorsätzlich (arglistig) gehandelt hat. Auf der anderen Seite stellt Haueisen überhaupt in Frage, ob es richtig sei, den Verschuldensbegriff, der im Schadenersatz- und Strafrecht heimisch sei, in die Rücknahmelehre hereinzunehmen[43]. Er will demzufolge danach entscheiden, ob die Umstände, die zur Fehlerhaftigkeit des VAs geführt haben, in den "Verantwortungsbereich" der Behörde oder in den des Begünstigten fallen[44].

Nimmt man bei der Entscheidung der Frage wirklich die Schutzwürdigkeit des Vertrauens zum Maßstab, so scheint es jedenfalls nicht gerechtfertigt, allein darauf abzustellen, ob der Begünstigte den fehlerhaften VA durch objektiv unrichtige Angaben verursacht hat[45]. Der Antragsteller, der trotz gewissenhafter Prü-

---

37) BVerwGE 6, 1 (7 f) = NJW 58, 154 ff (155/156) ebenso BVerwG RLA 58, 250 u. RLA 58, 217/218; vgl. auch BSG NJW 59, 1607.

38) S. 298/299. 39) VwGO, Anh. § 42 Rdnr. 40. 40) BayVBl. 60, 244.

41) ES Bd. 5, S. 132. 42) DÖV 57, 283. 43) NJW 58, 643.

44) NJW 58, 1663; DVBl. 59, 233.

45) So aber die Regelung in der Thür. LVO § 142 I Nr. 4 (unrichtige oder irreführende Angaben), § 143 I Nr. 5; § 42 I b PVG; § 96 I Nr. 2 AO (ex nunc).

ung die Unrichtigkeit seiner eingereichten Unterlagen und Angaben nicht erennt und demzufolge auf deren Richtigkeit vertraut, darf mit derselben Bechtigung auch auf die Rechtmäßigkeit des darauf ergehenden VAs vertrauen. ein Vertrauen ist nicht weniger schutzwürdig als es dies wäre, wenn die Fehrhaftigkeit nicht auf seinen unzutreffenden Angaben, sondern auf anderen Urachen beruhen würde.

Dabei kann es auch nicht darauf ankommen, ob die Behörde allein auf die ngaben des Antragstellers angewiesen ist oder ob ihr noch andere Beweismittel ur Verfügung stehen. Im allgemeinen kann der Empfänger eines begünstigenen VAs davon ausgehen, daß die Behörde zuvor die eingereichten Unterlagen uf Richtigkeit und Vollständigkeit geprüft hat und sie somit auch den Tatsachen ntsprechen[46]. Zur Nachprüfung steht der Verwaltung überdies der gesamte Oranisationsapparat zur Verfügung, so daß sie insoweit ein erhebliches Übergeicht gegenüber dem Antragsteller hat[47]. Ob der Behörde bei der Überprüfung er Angaben mangelnde Sorgfalt vorgeworfen werden kann oder nicht, spielt für as im Begünstigten erweckte Vertrauen keine Rolle, da sich die Vorgänge inneralb der Verwaltung weitgehend seiner Kenntnis entziehen und außerhalb seines erantwortungsbereichs liegen[48]. Auch wenn die Behörde keine Möglichkeit der achprüfung eingereichter Unterlagen und Angaben hat, sie also bei der Festtellung der Voraussetzungen allein auf die Angaben des Antragstellers angewieen ist, kann der Vertrauensschutz nicht allein deswegen ausgeschlossen werden, eil sich eine Angabe später als objektiv unrichtig erweist. Der Begünstigte, der on der Richtigkeit seiner Angaben uberzeugt ist, muß auch dann, wenn ihm bekannt ist, daß der VA allein auf Grund dieser Angaben ergeht, darauf vertrauen ürfen, daß die gewährte Rechtsstellung von Bestand ist[49]. Unterläßt die Behörde ine eigene Nachprüfung der Voraussetzungen, weil ihr die Beweismittel fehlen, o kann jedenfalls das Risiko eines fehlerhaften, weil auf falschen Voraussetzunen beruhenden VAs nicht auf dem Antragsteller lasten. Soweit nicht in diesen ällen die Möglichkeit eines widerruflichen Bescheides gesetzlich vorgesehen st, muß u.U. auch davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber dieses Riiko bewußt in Kauf genommen hat.

Darüber hinaus erscheint es außerdem fraglich, ob schon jedes leichte Verchulden hinsichtlich unrichtiger oder unvollständiger Angaben den Vertrauenschutz ausschließt mit der Folge der Rücknehmbarkeit ex tunc. Wie oben ausgeührt wurde, ist dem VA-Empfänger der Vertrauensschutz nicht schon bei leicht-

---

6)Schäfer, S.39. 47) BVerwGE 6, S. 1 ff (8).
8)BVerwGE 10, 308 (310) = DÖV 60, 952; a.A. Schäfer, S. 39.
9)A.A. Schäfer, S.39/40.

fahrlässiger, sondern erst bei grobfahrlässiger Unkenntnis der Fehlerhaftigkeit des VAs zu versagen. Ebenso sollte auch bei unzutreffenden oder unvollständigen Angaben mit Rücksicht darauf, daß es grundsätzlich Sache der Behörde ist, die Voraussetzungen eines VAs zu ermitteln, der Vertrauensschutz nicht schon im Falle leichter Fahrlässigkeit von vornherein verneint werden[50]. Auch insoweit kann freilich ein leicht fahrlässiges Verhalten des Begünstigten bei der Güterabwägung zu seinen Ungunsten berücksichtigt werden, was im Einzelfall die Zulässigkeit der Rücknahme zur Folge haben kann.

Während sich also der VA-Empfänger, der durch grobfahrlässig falsche Angaben einen fehlerhaften begünstigenden VA herbeigeführt hat, die Rücknahme in jedem Fall auch ex tunc gefallen lassen muß, kommt es bei nur leichter Fahrlässigkeit auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an.

c) Erschlichene VAe

Es versteht sich hiernach eigentlich von selbst, daß derjenige, der einen begünstigenden fehlerhaften VA durch vorsätzlich falsche Angaben herbeiführt, nicht in seinem Vertrauen auf den Bestand des VAs geschützt werden kann. Dieser Tatbestand wird in Rechtsprechung und Schrifttum unter dem weiteren Begriff der Erschleichung erörtert. Neben der Täuschung der Behörde durch wissentlich falsche Angaben[52] fällt hierunter auch die Erwirkung eines VAs durch andere unlautere Mittel, wie unwiderstehlicher Zwang, Drohung, Bestechung und Kollusion[53]. Soweit das Ergebnis einer solchen Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit der Behörde ein rechtswidriger VA ist, kann die Rücknahmebefugnis nicht problematisch sein. Der VA-Empfänger kann auf die Rechtmäßigkeit des ergehenden VAs gar nicht vertrauen, so daß schon deshalb jeglicher Vertrauensschutz ausscheidet.

Die Frage der Erschleichung von VAen wird aber insbesondere in der älteren Literatur noch unter einem anderen Gesichtspunkt erörtert. Es wurde nämlich die Erschleichung teilweise als selbständiger Widerrufsgrund angesehen, d.h. ohne Rücksicht darauf, ob sie die Rechtswidrigkeit des VAs zur Folge hatte. So wird in einigen gesetzlichen Regelungen der erschlichene VA generell für widerruflich erklärt[54]. Hierbei scheint es sich zunächst um eine Frage des Widerrufs rechtmäßiger VAe zu handeln, die somit über den Rahmen des vorliegend behandelten

---

50) A. A BVerwG DVBl. 58, 56 ff = BVerwGE 6, S. 1 (8) und Schäfer, S.40. Dieser "rechnet" das Verschulden des Antragstellers gegen ein Verschulden der Behörde wegen mangelnder Nachprüfung "auf"!

51) Hess. VGH DÖV 58, 471; s. a. Forsthoff, S. 222: Der Gebrauch unlauterer Mittel rechtfertigt die Versagung des Vertrauensschutzes.

52) S. dazu Schäfer, S. 43 ff. 53) S. Wolff, S. 299, 295; Jellinek, S. 284.

54) Bad. VO § 42, 2; Thür. LVO § 142, 5; § 143, 6; EVRO § 91 I 3.

hemas hinausgeht. Das trifft jedoch nur dann uneingeschränkt zu, wenn nicht ie Erschleichung zugleich auch selbständiger Rechtswidrigkeitsrund ist. In der Tat wird verschiedentlich die Meinung vertreten, der durch äuschung erschlichene VA sei allein wegen der Art seines Zustandekommens echtswidrig[55], wenn auch nicht nichtig[56]. Als nichtig wird demgegenüber der it schweren Drohungen erzwungene VA angesehen[57].

Geht man indessen, wie hier, davon aus, daß sich die Rechtswidrigkeit eines As grundsätzlich[57a] nur nach objektiven Merkmalen bestimmt, so kann auch er durch Täuschungen seitens des VA-Empfängers hervorgerufene Irrtum der Behörde als solcher kein selbständiger Fehlergrund sein. Auch Forsthoff, der die echtswidrigkeit eines VAs zutreffend objektiv als Inkongruenz zwischen der mit em VA getroffenen rechtlichen Regelung, wirklicher Sachlage und objektiver echtslage kennzeichnet[58], erkennt den Irrtum der Behörde nicht als selbständien Fehlergrund an und zwar auch dann nicht, wenn dieser durch den VA-Empänger hervorgerufen wurde[59]. Soweit ein begünstigender VA auf zwingendem echt beruht, soweit also die Entscheidung der Behörde eine gebundene ist, ist ie Täuschung und der dadurch bei der Behörde hervorgerufene Irrtum als solcher ir die Beurteilung, ob ein VA rechtswidrig ist oder nicht, ohne eigenständige edeutung. Hierfür kommt es lediglich auf das Ergebnis, auf die mit dem VA geoffene Regelung selbst an. Stimmt sie mit der im Gesetz vorgesehenen Rechtsolge und die wirkliche Sachlage mit den gesetzlichen Voraussetzungen überein, o ist der VA rechtmäßig, ohne daß auf die Art seines Zustandekommens abgehoen werden kann. Eine Täuschung der Behörde ist unter diesen Umständen nur reblich, wenn sie über wesentliche Umstände[60], d.h. gesetzlich zwingende Voraussetzungen erfolgt und sie für den Erlaß der VAs kausal war[61]. Täuscht daher emand die Behörde in der Weise, daß er zum Nachweis einer objektiv wirklich orliegenden Voraussetzung gefälschte Unterlagen vorlegt[62], so ist der ergehene VA trotz Täuschung inhaltlich richtig.

---

5)So anscheinend Koehler, VwGO, § 113 B VII 10.

6)VGH Stuttgart ESVGH 8, 100.

7)Jellinek, S.278, v. Koehler, Grundlehren, S.182; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42, Rdnr. 9.

a)Anders hinsichtlich der Ermessensentscheidungen (vgl. unten S. 106 ff.)

8)Forsthoff, Lehrb., S.222. 59) Forsthoff, a.a.O.

0)Vgl. Schäfer, S.46; auch zahlreiche gesetzliche Regelungen stellen darauf ab, daß über "maßgebliche" oder "wesentliche" Umstände getäuscht wird: § 96 I Z. 2 AO; § 10 hess.PolG; § 42 I 1 b pr.PVG; § 1744 Z. 1-4 RVO; § 12 II Ziff. 1 WHG.

1)Sommer, DÖV 54, 717.

2)Siehe das Beispiel bei Forsthoff, S.222.

Bei VAen, die auf Grund einer Ermessensentscheidung der Verwaltung ergehen, führt eine Täuschung der Behörde nur selten zu einem VA, dessen Regelung in der vorgenannten Weise objektiv dem Gesetz widerspricht. Dies ist nur dann der Fall, wenn mit der getroffenen Regelung die äußeren Grenzen des Ermessens überschritten wurden (Ermessensüberschreitung)[63]. Dagegen werden hier die Umstände einer Täuschung häufig so liegen, daß die Behörde durch bewußt unrichtige oder unvollständige Angaben über tatsächliche Verhältnisse zum Erlaß eines VAs veranlaßt wird, den sie bei Kenntnis der wahren Sachlage zwar nicht erlassen hätte, zu dessen Erlaß sie aber immerhin auf Grund des ihr eingeräumten Ermessens auch unter den wirklich vorliegenden Voraussetzungen berechtigt war. Geht man nicht - wie die Rechtsprechung dies weitgehend tut[64] - schon von vornherein davon aus, daß im Rücknahmerecht nur ein Verstoß gegen zwingende Normen zur Rechtswidrigkeit führt, so fragt es sich, ob die Ermessensausübung unter Verkennung tatsächlicher Umstände fehlerhaft ist. Es wird ja bei den Ermessensfehlern außer der oben angeführten Ermessensüberschreitung die Verletzung der inneren Grenzen des Ermessens hervorgehoben[65]. Nicht das Ergebnis der behördlichen Entscheidung ist hier fehlerhaft, sondern ihr Zustandekommen[66]. Schäfer nimmt ohne weiteres an, daß der VA rechtmäßig ist, wenn er nur objektiv noch im Rahmen des Gesetzes liegt[67]. Auch Ipsen hebt lediglich darauf ab, ob die Erteilung des VAs im Widerspruch mit einer gebietenden Rechtsvorschrift steht oder ob sie zwar rechtlich zulässig, jedoch unterblieben wäre, wenn die Behörde das ihr freistehende Ermessen richtig angewendet hätte. Nur im ersten Fall soll der Widerspruch zum geltenden Recht zur Rechtswidrigkeit des VA führen[68]. Auf derselben Linie liegt die schon an früherer Stelle erwähnte Entscheidung des BVerwGs[69], nach welcher der Irrtum der Behörde über tatsächliche Voraussetzungen eines VAs diesen nur dann rechtswidrig mache, wenn die wirklich gegebenen Tatsachen die von der Behörde gezogene Rechtsfolge unter keinen Umständen rechtfertigt. Die in diesen Äußerungen zum Ausdruck gelangende Auffassung, es komme lediglich auf die objektive Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der im VA getroffenen Regelung mit zwingendem Recht an, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Die Täuschung der Behörde über tatsächliche Umstände und der daraus resultierende Irrtum kann gerade bei Ermessensentscheidungen zu einem inneren Ermessensfehler führen, auch wenn der betreffende VA im Ergebnis vom Gesetz objektiv nicht mißbilligt wird. Das ist einmal dann der Fall, wenn die Behörde auf Grund der Täuschung irrtümlich eine Sachlage annimmt, bei deren Vorliegen sie zum Erlaß des begünstigenden VAs gesetzlich verpflichtet wäre, während nach der wahren Sachlage der Erlaß in ihrem Ermessen gestanden

---

63) Zur Ermessensüberschreitung siehe Bachof, SJZ 1948 Sp. 744 f.
64) Siehe oben S. 19 ff. 65) Bachof, a.a.O., Sp. 745. 66) Bachof, a.a.O.
67) Schäfer, S. 45. 68) Ipsen, Widerruf, S. 119.
69) BVerwGE 8, 192 = DVBl. 59, 633.

hätte. Hier wird der VA zwar im Ergebnis vom Gesetz gedeckt, er ist aber dennoch wegen eines Ermessensfehlers rechtswidrig. Die Behörde hat nämlich in diesem Fall ihr Ermessen gar nicht ausgeübt, sie hat sich irrtümlich für gebunden gehalten, wo sie in Wirklichkeit frei war. Daß ein VA unter diesen Umständen ermessensfehlerhaft ist, wird allgemein anerkannt[70].

Aber auch in den Fällen, in denen die Behörde auf Grund irriger Sachvorstellungen einen Ermessensakt erläßt, den sie bei Kenntnis der wahren Sachlage zwar rechtlich hätte ebenfalls erlassen können, im konkreten Fall jedoch nicht erlassen hätte, kann dieser Sachirrtum einen Ermessensfehlgebrauch hervorrufen, der zur Fehlerhaftigkeit des VAs führt. Der Ermessensgebrauch wird hier nur eingeschränkt, die Behörde wird durch den Sachirrtum gehindert, "von dem Ermessen den Gebrauch zu machen, den sie bei Kenntnis der Lage gemacht haben würde"[71]. Auch in diesen Fällen kann je nach Umständen ein Ermessensfehlgebrauch etwa dann vorliegen, wenn die Entscheidung der Behörde nur unter einem ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkt haltbar wäre[72].

---

70) Wolff, § 31 II d 1, S.144 spricht von "Ermessensunterschreitung". S.auch Pr.OVGE 40, 377; VGH München VGHE n. F. 10, 102; OVG Münster DÖV 52, 444; VGH Stuttgart DVBl. 54, 506; OVG Hamburg VRspr. 5, 884. Dabei wird in der Literatur überwiegend nur auf die Fälle des Rechtsirrtums der Behörde abgestellt, d.h. ein innerer Ermessensfehler dann angenommen, wenn die Behörde infolge falscher Auslegung einer Vorschrift irrtümlich Gebundenheit annimmt (s. Koehler, VwGO, § 114 A II 3; Jellinek, S.37; Bender, S.118; Peters, S.12; Fachinger, NJW 49, 245: Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungsermessens).
Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114, Rdnr.20 räumt ein, daß auch die irrige Beurteilung tatsächlicher Verhältnisse Ermessensfehlgebrauch bedeuten könne. Eine unterschiedliche Behandlung der Fälle des Rechts- und des Sachirrtums ist aber nicht gerechtfertigt (s. auch Württ.-Bad.VGH VRspr. 5, 376 f, der einen entsprechenden Fall des Sachirrtums behandelt).

71) Siehe dazu Ipsen, Widerruf, S.121.

72) Die Frage hängt eng mit dem Problem der Konversion (Nachschieben von Gründen) zusammen. Inwieweit ein VA mit anderen als den angezogenen Gründen aufrechterhalten werden kann, ist im einzelnen umstritten. Vgl. zum Nachschieben von Gründen: Eyermann-Fröhler, VwGO, § 113, Anm. II, Rdnr.15 ff; Klinger, a.a.O., § 108 Anm. F, S. 401 ff; Koehler, a.a.O., § 113, Anm. B IX 3a, S. 867 ff; Wache, Gegenstand u. Rechtskraft b.d. verwaltungsgerichtl. Klage, AöR 40 n. F., S. 158 ff (S. 178-182); Reuß, Der VA und seine Begründung, DVBl. 54, 593 ff.

Macht ein Antragsteller deshalb vorsätzlich falsche oder unvollständige Angaben und erläßt die Behörde auf Grund dieser Angaben eine Ermessensentscheidung, so sind die Rücknahmeregeln anwendbar, wenn der Irrtum der Behörde einen Ermessensfehler bewirkt. Das bedeutet, daß der VA ohne weiteres ex tunc z rückgenommen werden kann, da es an einem schutzwürdigen Vertrauen auf seite des Begünstigten fehlt. Führt die Täuschung nicht zum Ermessensfehlgebrauch, so liegt trotz der Täuschung ein rechtmäßiger VA vor, der von der Behörde lediglich widerrufen werden kann. Man wird auch dann davon auszugehen haben, daß eine Täuschung, wenn sie für den Erlaß des VAs kausal war, zum Widerruf berechtigt.

Da der durch unwiderstehlichen Zwang oder mit schweren Drohungen erwirkte VA sogar nichtig ist[73], steht der formalen Rücknahme nichts im Wege. Begünstigende VAe, die auf Grund von Bestechungen ergehen, sind, soweit sie Ermessensentscheidungen enthalten, stets fehlerhaft, da die Berücksichtigung von Vorteilen, die der Beamte für die Entscheidung erhalten hat, stets zu sachfremder Motivation führt. Soweit es sich um die Anwendung zwingenden Rechts handelt, braucht allerdings die Bestechung nicht zu einem rechtswidrigen VA führen. Hier dürfte, soweit ein Anspruch auf die Begünstigung besteht, auch der Widerruf ausgeschlossen sein.

Bei der Erörterung der Zulässigkeit der Rücknahme wegen Erschleichung wird verschiedentlich die Täuschung der Behörde durch eine Dritten der Täuschung durch den VA-Empfänger gleichgestellt[74].

Auch die Thür. LVO v. 22.7.1930 gestattet - wie sich aus § 143 Ziff. 6 in Verbindung mit § 144 ergibt - die Rücknahme, wenn die unlauteren Mittel von einem anderen als dem Begünstigten angewendet worden sind und diesen ein Verschulden an der Kenntnis oder Unkenntnis des Umstands trifft[75]. Noch weitergehend läßt Art. 88 Abs. 1 Ziff. 7 des EVRO für Württ. die Rücknahme bei Erschleichung durch einen Dritten ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis stets zu[76]. Letztere Auffassung ist aber mit dem Gedanken des Vertrauensschutz nicht vereinbar. Der Vertrauensschutz ist bei Täuschung oder anderer unzulässige Beeinflussung der Behörde durch Dritte nur ausgeschlossen, wenn der Begünstigte die Anwendung unlauterer Mittel kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Nur dann weiß er oder sollte es bei Anwendung auch nur einiger Sorgfalt

---

73) Vgl. S.105, Anm.57; Forsthoff, S.223.

74) So Wolff, S.296. 75) S. Ipsen, Widerruf, S.126.

76) S. Begründung, S.306, wo ausdrücklich betont wird, die Gründe, aus welchen in § 123 BGB die ohne Kenntnis des Erklärungsempfängers seitens eines Dritte verübte Täuschung der Anfechtung nicht unterworfen ist, nämlich der Schutz des guten Glaubens des Erklärungsempfängers, könnten bei Akten der öff. Gewa die zugleich das öff. Interesse zu berücksichtigen haben, nicht ausschlaggebe

wissen, daß der ergehende VA, der auf der Beeinflussung der Behörde beruht, fehlerhaft ist. Ein Vertrauen auf die Richtigkeit ist dann nicht möglich. Dagegen kann das Verschulden des Dritten dem Begünstigten nicht zugerechnet werden[77].

2. Umstände, die einen erhöhten Vertrauensschutz begründen, insbesondere durch Verwirklichung des begünstigenden VAs

Das Vertrauen des Begünstigten auf die Rechtmäßigkeit und den Fortbestand eines begünstigenden VAs ist zwar Voraussetzung für die Gewährung des Vertrauensschutzes; die bloße innere Erwartung, die Behörde werde ihren einmal getroffenen Ausspruch nachträglich nicht mehr abändern, genügt aber andererseits im allgemeinen noch nicht, um die Rücknehmbarkeit des VAs ohne weiteres auszuschließen. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, um die besondere Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens zu begründen. Dabei kommt es vor allem darauf an, inwieweit sich der begünstigende VA schon im Lebensbereich des Empfängers tatsächlich ausgewirkt hat. Unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich Unterschiede hinsichtlich der Rücknahme von VAen, die schon ausgeführt (realisiert) sind und von VAen, die zwar ergangen sind, deren Realisierung aber noch aussteht. Weiter ist zu berücksichtigen, in welchem Maße sich der Begünstigte selbst auf den VA eingerichtet[78], d.h. sich in seiner Lebensführung der neuen Rechtslage angepaßt hat.

a) Realisierte VAe

Der VA erschöpft sich in der Regel nicht in dem in ihm enthaltenen Ausspruch der Behörde[79], sondern schafft nur die Rechtsgrundlage für bestimmte Vorgänge oder Veränderungen im tatsächlichen oder rechtlichen Bereich, sei es, daß der Empfänger auf Grund des begünstigenden VAs Handlungen vornehmen oder unterlassen darf oder daß die Behörde selbst in einer für den Adressaten günstigen Weise tätig wird, indem sie ihm beispielsweise Geld ausbezahlt.

Diese Realisierung des VAs ist für die Rücknehmbarkeit deshalb von wesentlicher Bedeutung, weil das Vertrauen des Begünstigten darauf, daß bereits eingetretene Wirkungen eines VAs nicht wieder rückgängig gemacht werden, im Regelfall in höherem Maße Schutz verdient, als das Vertrauen darauf, daß der er-

---

ins Gewicht fallen. Ebenso Wolff, S. 296.

77) Siehe Schäfer, S. 45; Neuhäuser, Erschleichung, S. 42 ff., vgl. dort den auf S. 55 angeführten Fall.

78) Haueisen, DVBl. 57, 508. Nach Stich, Vertrauensschutz, S. 36 f., 43 ist Voraussetzung des Vertrauensschutzes u. a., daß eine durch das Vertrauen veranlaßte Aufwendung vermögenswerter Güter erfolgt ist. Vgl. auch Wagner, MDR 60, 547. Es ist aber zu beachten, daß nicht nur Vermögenspositionen in Frage stehen (s. Zuck, DÖV 60, 582, Fussn. 39)

79) Ausnahmen stellen die sog. rechtsgestaltenden VAe dar.

gangene VA in der Zukunft auch verwirklicht werde[80]. Aus dieser Erwägung heraus wird etwa auch bei den VAen mit Dauerwirkung eine Rücknahme ex tunc entweder ganz ausgeschlossen oder doch nur unter sehr engen Voraussetzungen zugelassen[81]. Realisiert ist ein VA dann, wenn er seinem Inhalt nach wenigstens teilweise ausgeführt wurde und insoweit schon ein abgeschlossener rechtlicher oder tatsächlicher Zustand geschaffen wurde[82]. Dies bedeutet für VAe, die ein Verhalten oder Handeln des Begünstigten selbst zum Inhalt haben, wie etwa in den typischen Fällen der Erlaubniserteilungen, daß von dem VA Gebrauch gemacht wurde, d.h. die erlaubten Handlungen vorgenommen oder mit den unmittelbaren Ausführungshandlungen begonnen wurde[83]. Dasselbe gilt auch, wenn die Behörde selbst dem Inhalt des VAs entsprechend in einer für den Empfänger günstigen Weise tätig geworden ist.

Schon diese schlichte Verwirklichung des begünstigenden VAs rechtfertigt einen erhöhten Vertrauensschutz, sofern dadurch ein Rechts- oder Besitzstand geschaffen wurde, der im Falle der Rücknahme wieder rückgängig gemacht werden müßte[84].

b) Besondere Aufwendungen des Begünstigten im Hinblick auf den VA

In erhöhtem Maße schutzwürdig ist das Vertrauen des Begünstigten auch dann, wenn die Verwirklichung des VAs oder das Gebrauchmachen mit besonderen Aufwendungen verbunden ist, wie in den Fällen, in denen etwas "ins Werk gesetzt" wurde. Für den Widerruf rechtmäßiger VAe ist allgemein anerkannt, daß dieser nicht mehr zulässig ist, wenn der Empfänger mit der Verwirklichung eines genehmigten Werks begonnen hat oder sonstige besondere Anstalten getroffen hat[85]. Dieser Umstand muß grundsätzlich auch für die Rücknahme beachtet werden[86]. Dabei darf die erhöhte Schutzwürdigkeit nicht nur auf die Fälle der Errichtung eines genehmigten Werks beschränkt werden, sondern muß überall dort eingreifen, wo sich ein VA nur unter Einsatz erheblicher Aufwendungen durchführt

---

80) Siehe Haueisen, DVBl. 59, 233.

81) Zur Unterscheidung von Rücknahme ex tunc und ex nunc vgl. unten S. 142 ff.

82) Siehe Huber, WVR I, S. 729.

83) Huber, AöR 78, 113 (116); vgl. Schäfer, S. 57, der auch bloße Vorbereitungshandlungen einbeziehen will. Diese sind aber unter dem Gesichtspunkt des "Einrichtens" auf den VA zu berücksichtigen (vgl. unten S. 112 f.)

84) Vgl. Haueisen, DVBl. 59, 233; Erning, DVBl. 59, 797; Schlochauer, S. 193.

85) Forsthoff, S. 246; v. Turegg, S. 129; Jellinek, S. 280; Haueisen, NJW 55, 1457 (1459); Schäfer, S. 56 f.

86) So Schäfer, S. 58; beachte auch Art. 120 III der Württ. BauO.

n läßt[87]. Der Betroffene muß sich gerade in diesen Fällen besonders darauf rlassen können, daß seine Opfer nicht vergeblich erbracht werden.

Da die wirtschaftlichen[88] und sonstigen Folgen, welche die cknahme für den Betroffenen hat, allgemein zu berücksichtigen sind, ist rüber hinaus überhaupt von Bedeutung, welche Anstalten und Aufwendungen er n Vertrauen auf den VA, sei es vor oder nach dessen Verwirklichung, getroffen t. Hat er sich auf den begünstigenden VA "eingerichtet", indem er etwa rteilhafte Rechtspositionen aufgegeben oder sonst seine Lebensführung geändert t[89], so wird er durch die Rücknahme nicht lediglich wieder in die Lage zuckversetzt, in der er sich befinden würde, wenn der VA nicht ergangen wäre. kann vielmehr zusätzliche Nachteile dadurch erleiden[90], daß seine im Hinick auf den VA vorgenommenen Aufwendungen nutzlos werden und die bereits troffenen Anstalten rückgängig gemacht werden müssen[91]. Wie oben ausgeführt, nn die Rechtsstellung des Begünstigten durch solche besonderen Planungen und nternehmungen, die im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit eines VAs erlgt sind, so erstarken, daß sie sogar zu einer eigentumsähnlichen wird[91a]. Je ehr der Begünstigte [91b] auf Grund seines Vertrauens "investiert" hat, je einhneidender sich damit auch die Folgen der Rücknahme auswirken würden, umo mehr verdient dieses Vertrauen Schutz und umso engere Grenzen sind für e Rücknehmbarkeit zu ziehen.

c) Entsprechende Anwendung der Bereicherungsgrundsätze

Daß der Bürger durch die Rücknahme eines fehlerhaften begünstigenden VAs ine Nachteile erleiden soll, die über den Entzug der gewährten Leistung als lchen hinausgehen, ergibt sich auch aus dem Rechtsgedanken der ungerechtertigten Bereicherung, insbesondere der Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB. iese Grundsätze können auch für die Rücknahme herangezogen werden[92]. Wurde etwa auf Grund eines VAs eine Geldleistung ausbezahlt und von dem Empfänr für Aufwendungen oder Anschaffungen verbraucht, die er sonst nicht vorge-

---

87) Vgl. auch Forsthoff, S. 246. 88) Wolff, § 53 III c 2, S. 295.

89) Siehe BVerwGE 5, 312.

90) Vgl. Erning, DVBl. 59, 798.

91) Die Schadenersatzmöglichkeit über § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG muß (entg. Forsthoff, Vorwort z. 7. Aufl. u. Ule, DVBl. 61, 614) bei der Frage der Zulässigkeit der Rücknahme außer Betracht bleiben. Sie setzt bereits die zulässige Rücknahme voraus u. besteht überdies nur bei Vermogensschäden u. nur, wenn der VA schuldhaft rechtsw. erlassen wurde (s. neuerdings Wolff, 4. Aufl. S. 294).

91a) Siehe oben S. 88 f.

91b) Oder auch ein Dritter, wenn dadurch die wirtschaftliche Lage des Begünstigten unmittelbar betroffen wird. So BVerwGE 13, 253 = NJW 62, 1075.

92) Siehe Wolff, S. 295.

nommen hätte[93], so kann damit seine "Bereicherung" weggefallen sein. Im Fall
le der Rücknahme wäre er genötigt, den Rückforderungsanspruch aus seinem son-
stigen Vermögen zu befriedigen, da eine Rückgewähr des Empfangenen selbst nic
mehr möglich wäre. Unter diesen Umständen kann die Unzulässigkeit der Rück-
nahme unbedenklich auch aus dem Rechtsgedanken des § 818 Abs. 3 BGB gefol-
gert werden. Ähnliches gilt auch für andere vermögenswerte Leistungen auf
Grund von VAen[94].

Das Bereicherungsrecht ist allerdings nicht geeignet, darüber hinaus allgemein
als Rechtsgrundlage für die Rücknehmbarkeit von VAen zu dienen, da die zu beu-
teilenden Sachverhalte nur bedingt vergleichbar sind[95]. So haben nur ein Teil d
begünstigenden VAe eine eigentliche "Leistung" zum Inhalt, die eine "Bereiche
rung" hervorruft. Es geht deshalb wohl auch die von Erning[96] gezogene Pa-
rallele fehlt, die "Bereicherung" durch eine begünstigenden VA sei "durch das
Inswerksetzen seitens des Betroffenen verbraucht" bzw. "weggefallen" und den
Verwaltungsbehörden somit in der Regel die Befugnis zum Widerruf mit ex-tunc-
Wirkung genommen.

d) "Einrichten" auf noch nicht realisierte VAe

Der Umstand, daß der Begünstigte sich auf den VA "eingerichtet" hat, ist nun
nicht nur für die schon vollzogenen, sondern vor allem auch für die noch nicht
realisierten VAe von Bedeutung.

---

93)Sog. "Luxusaufwendungen".

94)Zum Teil werden die Bereicherungsgrundsätze nur auf die Rückforderung et-
waiger Leistungen, nicht aber auf die Rücknahme selbst angewendet (Schütz,
DÖV 58, 451 f). Es sollen damit Härten gemildert werden, die sich aus der Au
fassung ergeben, fehlerhafte VAe seien in jedem Falle rücknehmbar. Dazu ist
indessen zu bemerken, daß, soweit die Wirkungen des VAs nicht rückgän-
gig gemacht werden können, auch an der Rücknahme selbst kaum ein öffent-
liches Interesse bestehen dürfte. Diese soll gerade die Beseitigung des VAs
samt seinen Folgen bezwecken. Deshalb kann auch der Vorschlag Wirths
(DÖV 60, 173), die Rücknahme stets zuzulassen und den Vertrauensschutz dan
beim Rückforderungsanspruch zu berücksichtigen, nicht überzeugen. Davon
abgesehen beinhalten keineswegs alle begünstigenden VAe Geldleistungen, so
daß auch deshalb nicht jede Rücknahme eines VAs einen Rückforderungsan-
spruch auslost (so Haueisen, DVBl. 60, 352 Note 26; kritisch zu den Ausfüh-
rungen Wirths auch Clasen, DÖV 60, 899).

95)Wolff, S.234 verlangt Kongruenz der Interessenlage. Forsthoff, S.160 f. lehnt
die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts im öffentl. Recht überhaupt ab.

96)DVBl. 59, 797 f.

Auch im Hinblick auf die bevorstehende Verwirklichung eines begünstigenden As kann der Begünstigte bereits umfangreiche Anstalten getroffen und erhebliche Aufwendungen vorgenommen haben, die einen erhöhten Vertrauensschutz rechtfertigen und die Rücknehmbarkeit auch des noch nicht zur Verwirklichung elangten VAs ausschließen können[97]. Hierunter sind insbesondere auch die älle zu rechnen, in denen von einer Erlaubnis zwar noch kein unmittelbarer ebrauch gemacht wurde, d.h. Ausführungshandlungen noch nicht unternommen, ber doch "Vorbereitungshandlungen" durchgeführt wurden. So beispielsweise, enn beim Bau eines Fertighauses im Hinblick auf die erteilte Bauerlaubnis chon sämtliche Bauelemente angekauft und antransportiert wurden[98], oder ein irkusunternehmen im Vertrauen auf die polizeiliche Spielerlaubnis durch Werung, Quartierbestellung oder in sonstiger Weise seine Vorbereitungen getroen hat[99]. Ebenso gehören hierher die Fälle, in denen etwa auf Grund von Beheiden über eine noch auszuzahlende Entschädigungsleistung einschneidende 'erfügungen getroffen, vertragliche Bindungen eingegangen oder die Lebensührung wesentlich geändert wurde[100]. Die Voraussetzungen, unter denen in olchen Fällen eine Rücknahme ausgeschlossen ist, sind dieselben, wie sie an nderer Stelle noch für den Ausschluß der Rücknehmbarkeit ex nunc zu erörtern ein werden[101].

e) Keine Berücksichtigung dolos herbeigeführter Aufwendungen

Alle diese Umstände, soweit sie sich auf das Verhalten des Begünstigten selbst ützen, sind selbstverständlich nur dann geeignet, einen Vertrauensschutz hereizuführen, wenn sie auch auf einem echten Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit es VAs beruhen und nicht etwa dolos herbeigeführt werden um eine drohende ücknahme zu vereiteln[102].

---

7) Erning, DVBl. 59, 798.

8) Beispiel bei Schäfer, S. 57, der diese Vorbereitungshandlungen schon zum Begriff des Inswerksetzen rechnen will. Der Zeitpunkt, von dem ab der Beginn des Inswerksetzens anzusetzen ist, mag zwar im Einzelfall nicht ganz leicht zu bestimmen sein. Er ist aber praktisch nicht allzusehr von Bedeutung, wenn man wie hier anerkennt, daß auch Anstalten vor der Realisierung des VAs die Rücknahme ausschließen können.

9) Beispiel bei Forsthoff, S. 246, der diese Fälle "besonderer Aufwendungen" dem "Inswerksetzen" gleichstellt.

0) VGH Stuttgart VRspr. 10, 662 ; BVerwG DVBl. 60, 138.

1) Siehe unten S. 148 f.

2) Erning, DVBl. 59, 795 (798).

3. Sonstige objektive Umstände, welche die Schutzwürdigkeit des Vertrauens beeinflussen

a) Zeitmoment

Eine für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens nicht unwesentliche Rolle spielt das Zeitmoment[103]. Hierzu ist zunächst festzustellen, daß die Rücknahme jedenfalls grundsätzlich nicht an eine Frist gebunden ist[103a]. Der fehlerhafte begünstigende VA kann insbesondere auch dann zurückgenommen werden, wenn er entweder schon von vornherein unanfechtbar war[104] oder aber den Beteiligten Rechtsmittel wegen Ablaufs der Rechtsmittelfrist nicht mehr zustehen. Die Behörde ist an die Anfechtungsfrist nicht gebunden[105].

Dennoch wird man die Zeit, die von dem Erlaß des VAs bis zur Rücknahme verstrichen ist, nicht völlig unberücksichtigt lassen können. Hat ein VA über Jahre hin Bestand gehabt und konnte sich der Begünstigte während dieser Zeit unangetastet der gewährten Begünstigung erfreuen, so wird er sich, je länger desto mehr, in seinem Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit und den Fortbestand des VAs bestätigt fühlen. Sofern es sich noch dazu um einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Vorgang handelt, würde die Behörde deshalb auch auf wenig Verständnis stoßen, wenn sie nach Jahren erklärte, der damalige VA sei rechtswidrig gewesen und müsse daher wieder zurückgenommen werden. Es ist daher sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung weitgehend anerkannt, daß ein längerer Zeitablauf einen erhöhten Vertrauensschutz rechtferigen kann[106]. Allgemein wird man sagen können, daß der Begünstigte umso mehr in seinem Vertrauen zu schützen ist, je größer die Zeitspanne ist, die zwischen Erlaß und Rücknahme des VAs liegt[107]. Hierbei sind allerdings Differenzierungen vorzunehmen: Ist der Behörde die Fehlerhaftigkeit trotz dieser Kenntnis des VAs bekannt und wartet sie mit der Rücknahme unverhältnismäßig lange, duldet sie also den fehlerhaften VA über einen längeren Zeitraum, so wird eine Rücknahme auch aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung heraus schließlich nicht mehr zulässig sein[108]. Jellinek sieht in einem solchen Verhalten eine stillschweigende Bestätigung des fehler

---

103) Vgl. Hangartner, S. 185 ff.

103a) Peters, Lehrb., S. 170; OVG Koblenz AS Rh.-Pf. 4, 339.

104) So bei nur begünst. VAen.

105) Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42 Rdnr. 47; Dickmann, DÖV 57, 280.

106) Haueisen, NJW 54, 1425 (1428); ders., NJW 58, 1663; ders., DVBl. 57, 506 (508); ders., DVBl. 59, 228 (232); Jellinek, S. 288; Peters, S. 170; Hess. VGH ESVGH 8, 219 (225); Hess. VGH ZBR 60, 392 (393); BVerwG NJW 59, 1553 (1554); a.A. Dickmann, DÖV 57, 280.

107) So Haueisen, NJW 58, 884; Hess. VGH ESVGH 8, 219.

108) Stückrath, DVBl. 50, 683; BSG NJW 57, 397 läßt offen, ob Verwirkung möglich ist. Siehe auch Stich, DVBl. 59, 234.

haften VAs[109]. Jedenfalls wird davon auszugehen sein, daß die Behörde, wenn sie von der Fehlerhaftigkeit des VA Kenntnis erlangt und im übrigen die Rücknahme zulässig wäre, innerhalb angemessener Frist die Rücknahme auch aussprechen muß[110]. Dies gilt sowohl für VAe mit einmaliger Wirkung, die bereits voll verwirklicht wurden, als auch für VAe, die noch nicht durchgeführt wurden oder VAe mit Dauerwirkung hinsichtlich der Wirkungen für die Zukunft.

Aber auch die bloße Tatsache des Zeitablaufs, ohne daß die Behörde von der Fehlerhaftigkeit Kenntnis erlangt hat, kann die Rücknahme im Einzelfall verbieten, wenn auch dann der Gesichtspunkt der Verwirkung nicht eingreifen kann. Der Begünstigte darf nämlich erwarten, daß die Behörde eine längere Zeit bestehende Rechtsstellung nicht mehr antastet, zumal es ihr viel eher möglich sein muß, Fehler eines VAs zu erkennen, als dem Begünstigten selbst[111]. Rechtssicherheit und Vertrauensschutz wiegen hier besonders schwer. Vor allem bei VAen, deren Wirkungen in der Vergangenheit voll abgeschlossen sind, die etwa einmalige Leistungen zum Inhalt haben, muß im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens nach angemessener Zeit ein endgültiger Schlußstrich gezogen sein[112]. Die Behörde darf solche abgeschlossenen Vorgänge dann nicht mehr aufgreifen. Ähnliche Rechtsgedanken liegen auch den Bestimmungen der §§ 58 Abs. 2 VwGO, 66 Abs. 2 SGG, sowie dem früheren § 21 Abs. 3 BVerwGG zugrunde. Hiernach wird ein VA jedenfalls nach Ablauf eines Jahres unanfechtbar, selbst wenn eine Rechtsmittelbelehrung nicht oder unrichtig erteilt wurde. Auch in diesen Regelungen ist das Bestreben erkennbar, nach einer gewissen Zeit in jedem Falle eine gesicherte Rechtslage eintreten zu lassen[113].

Der Zeitpunkt, von dem ab eine Rücknahme keinesfalls mehr möglich ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt und der Bedeutung des VAs. Hierbei kann die Jahresfrist der obengenannten Bestimmungen als Anhaltspunkt dienen[114].

Der zwischen Erlaß und Rücknahme des VAs liegende Zeitraum muß grund-

---

109) S. 288. Fraglich allerdings, ob die Behörde einen fehlerhaften VA überhaupt bestätigen kann.

110) Peters, S. 170; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42, Rdnr. 47; OVG Koblenz AS RH.-Pf. 4, 339. Vgl. dazu auch Hangartner, S. 189.

111) Haueisen, NJW 54, 1425 ff (1428).

112) Haueisen, NJW 54, 1425 ff (1428); ders., NJW 57, 170.

113) Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 586 II Satz 2 ZPO, der die Wiederaufnahme des Verfahrens nach Ablauf von 5 Jahren ausschließt. Diese Regelung gilt gemäß § 153 VwGO auch für den Verwaltungsprozeß.

114) Eine unmittelbare zeitliche Begrenzung der Rücknahmebefugnis auf ein Jahr kann dagegen m.E. aus den betr. Vorschriften nicht gefolgert werden.

sätzlich auch bei VAen mit Dauerwirkung berücksichtigt werden. Soweit es sich um die Ex-tunc-Rücknahme handelt, ergeben sich hinsichtlich schon erbrachter Leistungen oder anderer Wirkungen, die in der Vergangenheit liegen, keine Unterschiede gegenüber den VAen mit einmaliger, abgeschlossener Wirkung. Auch ein VA mit Dauerwirkung darf, wenn überhaupt, nur hinsichtlich solcher Leistungen zurückgenommen werden, die nicht unverhältnismäßig weit zurückliegen.

Im allgemeinen muß auch bei der Rücknahme ex nunc die Dauer des seitherigen Bestandes eines fehlerhaften VAs im Rahmen der Güterabwägung beachtet werden[115]. Freilich ist hier der seit Erlaß des VAs verflossene Zeitraum nicht ganz von der gleichen Bedeutung wie bei der Rücknahme ex tunc, wo es darum geht, wie weit sich die Rücknahme selbst in die Vergangenheit hinein erstrecken darf. Immerhin wird dadurch, daß etwa jahre- oder jahrzehntelang[116] eine wiederkehrende Leistung auf Grund eines VAs erbracht worden ist, eine starke Vertrauensgrundlage geschaffen, die einen entsprechend intensiven Schutz dieses Vertrauens auf das Weiterbestehen des seitherigen Rechtszustandes bedingt.

Andererseits spielt aber bei der Rücknahme für die Zukunft daneben auch noch der Zeitraum eine Rolle, den der VA zukünftig aller Voraussicht nach noch Bestand haben wird[117]. Die für eine Rücknahme sprechenden Gründe werden regelmäßig von umso geringerem Gewicht sein, je näher der Zeitpunkt liegt, in dem die Wirksamkeit des VAs ohnehin ihr Ende finden würde[118]. In diesem Zusammenhang kann beispielsweise bei einer lebenslänglichen Rentenleistung auch das Alter des Empfängers berücksichtigt werden [118a].

b) Art des Zustandekommens - besonderes Erlaßverfahren -

Wesentlich für das Maß des zu gewährenden Vertrauensschutzes kann weiter auch die Art und Weise sein, in welcher der begünstigende VA zustande gekommen ist, insbesondere, ob er auf Grund eines förmlichen Verwaltungsverfahrens erlassen wurde[119]. Häufig ist ein besonderes Verfahren bei den sog. "Entscheidungen" anzutreffen, die sich im Gegensatz zu den "Verfügungen" in ähnlicher Weise wie die richterlichen Urteile als Anwendung positiver Rechtssätze auf einen invariablen festumrissenen Tatbestand darstellen[120]. Die "Entscheidungen" werden gerade im Hinblick auf die besondere Verfahrensgestaltung zum

---

(So aber wohl Haueisen, NJW 57, 170.)

115) Vgl. BVerwG NJW 59, 1553(1554), BSozG NJW 59, 1607(1608).

116) So etwa in dem vom LSozG Bremen (BB 57, 543) entschiedenen Fall.

117) Haueisen, NJW 58, 884; ders., DVBl. 59, 228 (232); BVerwG NJW 59, 1554.

118) So etwa Württ. VGH ZBR 58, 144(145); vgl. auch BVerwG ZBR 58, 247 (248).

118a) A.A. Haueisen, NJW 62, 335 f.

119) Vgl. Wolff, S. 295; Haueisen, DVBl. 59, 228 (232).

120) Forsthoff, S. 235.

Teil als der materiellen Rechtskraft fähig erachtet[121] und damit die Rücknehmbarkeit verneint. Die Frage, ob bei bestimmter Verfahrensgestaltung eine materielle Rechtskraft angenommen werden darf, kann hier auf sich beruhen, es darf insoweit auf die früheren Ausführungen verwiesen werden[122].

Es darf indessen nicht übersehen werden, daß es gerade Sinn eines besonderen förmlichen Verfahrens ist, ein höheres Maß der Sicherheit für die Rechtmäßigkeit des daraus hervorgehenden VAs zu schaffen [123]. Es muß mithin auch dem Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes eine erhöhte Bedeutung zukommen, wenn der VA nicht nur mündlich als "Schalter-VA" erlassen wurde, sondern im Wege eines förmlichen Verfahrens ergangen ist[124]. Dieser Gesichtspunkt ist auch verschiedentlich in der Rechtsprechung hervorgehoben worden. So hat das BVerfG den Entscheidungen der Haftentschädigungsbehörden gerade im Hinblick auf die prozeßähnliche Verfahrensgestaltung eine der materiellen Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen wesensverwandte Beständigkeit beigemessen und daraus gefolgert, daß die Haftentschädigungsbehörden grundsätzlich ihre Feststellungsbeschlüsse nicht mehr ändern können, wenn die Rechtsbehelfsfristen ungenützt verstrichen sind[125]. Auch das BVerwG hebt in seinen Entscheidungen zum Lastenausgleichsrecht auf das "mit besonderen Sicherungen ausgestattete Verfahren" ab[126] und nimmt ebenfalls an, daß die solcherart zustandegekommenen VAe "eine gewisse Beständigkeit erlangen können, die der materiellen Rechtskraft ähnlich ist"[127]. Auf einen ergänzenden Gesichtspunkt weist das OVG Hamburg hin, indem es eine Bindung der Behörde an Entscheidungen entsprechend § 318 ZPO dann bejaht, wenn diese "erkennbar als das letzte Wort in dieser Sache anzusehen sind und hinsichtlich ihrer Richtigkeit eine besondere Gewähr bieten"[128]. Ähnlich hat schon das BVerfG in seiner vorerwähnten Entscheidung ausgeführt, daß Sinn und Zweck eines besonders geregelten Verwaltungsverfahrens nur sein könne, eine endgültige Regelung über den geltend gemachten Anspruch herbeizuführen[129]. Kennzeichen des besonderen förmlichen Verfahrens in diesem Sinne dürfte einmal sein, daß die Beteiligten in weitem Umfang Gelegenheit haben, ihren Standpunkt zu vertreten und ihre Rechte und

---

121) Vgl. Forsthoff, S. 237, Fußnote 5; Zolles, S. 38 ff.
122) Siehe S. 50 ff. 123) Wolff, S. 295.
124) Haueisen, DVBl. 59, 228 (232). 125) BVerfGE 2, 380 ff (393-395).
126) BVerwGE 6, 1 (3) = DVBl. 58, 56 (58); BVerwGE 5, 312.
127) BVerwGE 5, 312.
128) OVG Hamburg, DVBl. 59, 147 (148); vgl. Forsthoff, S. 236.
129) A.a.O., S. 394.

Interessen zur Geltung zu bringen[130]. Die bloße Gewährung des rechtlichen Gehörs genügt insoweit nicht[131]. Als weitere wesentliche Elemente werden u.a. die Mehrstufigkeit des Verfahrens[132], Entscheidung durch eine Kollegialbehörde schon in der unteren Instanz, Mitwirkung eines besonderen Vertreters des öffentlichen Interesses und die Möglichkeit des Erlasses von Vorbehalts- und Teilbescheiden hervorgehoben[133]. Aus einer Reihe gesetzlicher Regelungen (§ 77 SGG, §§ 200-202 BEG, § 96 RAO, Art. 86 EVRO) will das OVG Hamburg [134] schließen, daß es demgegenüber auf die sachliche Unabhängigkeit der erlassenden Stelle und die prozeßähnliche Gestaltung des Verfahrens in diesem Zusammenhang nicht ankomme.

Grundsätzlich muß wohl festgehalten werden, daß zwar das Vorliegen eines förmlichen Verfahrens allein noch nicht ohne weiteres die Rücknahme ausschließt[135], daß aber Rechtssicherheit und Vertrauensschutz von umso größerem Gewicht sind, je stärkere Rechtsgarantien das Verfahren, in dem der VA ergeht, bietet und je größer damit auch die Gewähr für die Richtigkeit der ergangenen Entscheidung ist. Es ist dabei grundsätzlich auch die Möglichkeit einzuräumen, daß bei entsprechender Ausgestaltung eine der Bindung des Richters gemäß § 318 ZPO entsprechende Bestandskraft des VAs eintreten kann[136], die dann aber jegliche Abänderung sowohl zugunsten wie auch zuungunsten des Empfängers aus Rechtssicherheitsgründen verbietet.

c) Art der erlassenden Behörde

Nicht unerheblich für das Maß des Vertrauensschutzes ist auch, von welcher Behörde der VA erlassen wurde. Im allgemeinen besteht nämlich für die höheren Behörden die Vermutung "größerer Weisheit "[137]. Es kann davon ausgegangen werden, daß etwa bei oberen oder obersten Bundes- und Landesbehörden fachlich qualifiziertere und spezialisiertere Beamte arbeiten als bei den unteren Verwaltungsbehörden[138]. Auch das BVerwG hebt in einer beamtenrechtlichen Entscheidung[139] mit Recht auf die "Autorität der obersten Dienstbehörde" ab, von der die Entscheidung getragen werde. Es will damit sagen, daß gerade solche Ent-

---

130) OVG Hamburg DVBl. 59, 147(148). 131) Forsthoff, S.236.

132) BVerfG a.a.O., S.394. 133) BVerwGE 6, 1(8) = DVBl. 58, 56 (60).

134) A.a.O. 135) Haueisen, DVBl. 59, 228 (232).

136) Das OVG Hamburg (a.a.O., S.149) bejaht eine solche Bindung für Entscheidungen im Requisitionsentschädigungsverfahren, verneint sie dagegen (im Anschluß an das BVerwG) für Entscheidungen im LAG-Verfahren.

137) Das kommt - worauf Haueisen, NJW 58, 1663 Fußn. 33 hinweist - u.a. auch darin zum Ausdruck, daß gem. § 68 VwGO ein Vorverfahren für VAe oberster Bundes- u. Landesbehörden "wegen der zu unterstellenden fachlichen Qualifikation" (so die Begr. zu VwGO) nicht erforderlich ist (s. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 68 Rdnr. 11

138) Haueisen, DVBl. 57, 507. 139) BVerwGE 8, 296 ff (305).

scheidungen ein besonders hohes Maß an Vertrauen rechtfertigen. Der Begünstigte muß daher auch in besonderem Maße gegen die Rücknahme geschützt werden.

Die Einschränkung der Rücknehmbarkeit von VAen oberer und oberster Verwaltungsbehörden ist im übrigen auch im öffentlichen Interesse gelegen, da eine zu freizügige Rücknahmepraxis geeignet ist, gerade dem Ansehen solcher Behörden zu schaden. Ist die Zuständigkeit einer oberen oder obersten Verwaltungsbehörde mit dem Zweck begründet worden, eine einheitliche Beurteilung bestimmter Fälle zu erreichen, so würde es überdies damit nicht im Einklang stehen, wenn die betreffende Behörde selbst frei wäre, ihre Beurteilung zu ändern[140].

d) Rücknahme von Rechtsmittelentscheidungen

Damit im Zusammenhang steht die Frage der Rücknehmbarkeit von Rechtsmittelentscheidungen. Hat die Widerspruchsbehörde eine von der untergeordneten Behörde versagte Begünstigung auf den Widerspruch des Betroffenen hin zugesprochen, so fragt es sich, ob sie ihre Entscheidung nachträglich wieder zurücknehmen kann, wenn sie zu der Auffassung kommt, sie sei unrichtig, d.h. fehlerhaft. Der württ. Entwurf einer VRO, der im übrigen in Art. 83 Abs. 1 die Unabänderlichkeit von Rechtsmittelentscheidungen als Grundsatz anerkennt, macht für die Fälle des Absatz 2 des Art. 83 eine Ausnahme: Enthalte die Rechtsmittelentscheidung unter Aufhebung oder Abänderung des ursprünglichen VAs eine neue selbständige begünstigende Verfügung, die schon von der unteren Behörde hätte erlassen werden sollen, so sei es, wie in der Begründung zu Art. 83[141] zum Ausdruck gebracht wird, "unbillig", wenn der Rechtsmittelbehörde die Rücknahmebefugnis nicht in gleicher Weise zugestanden werde, wie sie auch die untere Behörde gehabt hätte[141a].

Gegen die Zulässigkeit der Rücknehmbarkeit im gleichen Umfang wie bei erstmals erlassenen VAen spricht aber vor allem, daß der Widerspruchsbescheid das Verfahren bei der Verwaltung abschließen soll[142]. Die Rechtsmittelbehörde ist zudem ja auch nicht unmittelbar mit der betreffenden Materie befaßt, sie hat vielmehr grundsätzlich nur zu prüfen, ob die untere Behörde rechtmäßig gehandelt hat[143]. Hat sie entschieden, so erlischt damit ihre Zuständigkeit. Sie kann nur dann wieder tätig werden, wenn die Sache im Instanzenzug erneut an sie gelangt[144]. Deshalb und nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Regelung des

---

140) So BVerwGE 9, 251(254); vgl. auch schon BVerwG ZBR 58, 248 (249).

141) S. 287.

141a) So auch im Anschluß an den württ. EVRO v. Köhler, Grundlehren, S. 189; vgl. auch Zinser, DÖV 53, 151.

142) Hess. VGH ESVGH 1, 10 (11).

143) Schüle, SJZ 48, 155 (Anmerkung zur Entscheidung des Württ.-Bad. VGH SJZ 48, 152).

§ 94 Abs. 4 Satz 2 RAO wird vielfach die Unabänderlichkeit von Rechtsmittelentscheidungen als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts angesprochen[145) 146)]. Er gilt insbesondere auch für begünstigende Rechtsmittelentscheidungen und trägt hier den Anforderungen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit Rechnung. Der Bürger erwartet nämlich, daß die Widerspruchsbehörde seinen Fall eingehender und sorgfältiger prüft als die ursprünglich entscheidende Behörde[147)] und daß es deshalb mit dem Widerspruchsbescheid auch endgültig sein Bewenden hat. In aller Regel wird daher die Rücknahme von Widerspruchsentscheidungen durch die Widerspruchsbehörde ausgeschlossen sein. Noch weniger kann die Rechtsmittelentscheidung von der untergeordneten Behörde selbst abgeändert oder zurückgenommen werden[148)].

4. Zugunsten der Rücknehmbarkeit ins Gewicht fallende Umstände

Da die Frage der Rücknehmbarkeit von einer Abwägung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter abhängig ist, sind neben den Umständen, die den Vertrauensschutz beeinflussen, ebenso die Gesichtspunkte von Bedeutung, die das in der anderen Waagschale liegende Gewicht der Rechtsverletzung bestimmen.

a) Art der Fehlerhaftigkeit

Hierbei spielt einmal die Art der Fehlerhaftigkeit des zurückzunehmenden VAs eine nicht unwesentliche Rolle.

Fehlerhaft ist ein VA grundsätzlich nicht nur, wenn er materiell, d.h. inhaltlich geltendem Recht widerspricht, sondern ebenso, wenn er formell nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, wenn also einzuhaltende Zuständigkeits- und Formvorschriften unbeachtet geblieben sind. Nach Auffassung Wolffs[149)]

---

144) Begründung zur EVRO, S.286; vgl. auch Riewald, Komm. z.RAO, § 94 Anm.6, S.436.

145) Forsthoff, S.248; Peters, S.160; Haueisen, NJW 58, 433; Jellinek, S.281; Hess.VGH ESVGH 1, 10f. A.A. offenbar Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42 Rdnr. 51; BVerwG NJW 55, 806 (dagegen Haueisen, a.a.O., Fußn.32), außerdem VGH München in einer bei Koehler, VwGO, § 113 B VIII 3 e zitierten Entscheidung v. 17.11.53; vgl. auch Bay.VGH BayVBl. 55, 61.

146) Haueisen rechnet die Rechtsmittelentscheidungen, soweit sie im Vorverfahren ergehen, zu den streitentscheidenden VAen (s. NJW 58, 443). Demgegenüber will Schüle, Streitentscheidender VA, S.288 die Rechtsmittelentscheidungen ausklammern und nur die ursprünglich streitentscheidenden VAe als solche anerkennen (vgl. hierzu unten S. 128 ff).

147) Vgl. Kühn, RAO, 4. Aufl. 1956, § 94 Anm. 5.

148) Haueisen, NJW 58, 443.

149) Wolff, S.296; a.A. Peters, S.169.

berechtigen derartige Mängel regelmäßig nicht zur Beseitigung des VAs, da die Einhaltung von Verfahrensvorschriften im Verantwortungsbereich der Behörde liege. Ebenso läßt der württ. EVRO generell die Rücknahme nur bei sachlichem Widerspruch mit geltendem Recht zu[150] und beschränkt die Rücknehmbarkeit wegen formeller Mängel auf bestimmte, im einzelnen aufgezählte Fälle[151]. Da Verfahrensmängel unter besonderen Voraussetzungen aber sogar zur Nichtigkeit des VAs führen können[152] und sie sich damit nicht weniger schwerwiegend auswirken, als materielle Verstöße, wird man die Rücknehmbarkeit wegen formeller Fehlerhaftigkeit nicht generell ausschließen dürfen. Es ist aber zu berücksichtigen, daß - wie etwa das Erfordernis des rechtlichen Gehörs - Verfahrensvorschriften weithin vorwiegend dem Schutz des Bürgers dienen sollen, so daß schon aus diesem Grunde insoweit eine Einschränkung der Rücknehmbarkeit gerechtfertigt ist.

Es wird beispielsweise ein begünstigender VA nicht deshalb zurückgenommen werden können, weil an Stelle der sachlich zuständigen unteren Behörde die übergeordnete Behörde entschieden hat[155]. Zweifelhafter sind die Fälle, in denen eine gleichgeordnete, sachlich unzuständige Behörde oder die untergeordnete an Stelle der übergeordneten Behörde entschieden hat, da hier auch die "Integrität der verwaltungsmäßigen Kompetenzabgrenzung" verletzt ist[154]. Dasselbe gilt für die örtliche Unzuständigkeit [155]. Die Möglichkeit der Rücknahme kann hier jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden[156], bestimmt sich vielmehr im Einzelfall nach dem Gewicht des zu gewährenden Vertrauensschutzes. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Rücknahme wegen Verfahrensmängel ist stets, daß der Verfahrensmangel für den VA wesentlich ist, d.h. die Verfügung oder Entscheidung muß durch den Mangel derart beeinflußt sein, daß sie ohne diesen voraussichtlich anders ausgefallen wäre[157]. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem entsprechenden Grundsatz im Prozeßrecht, wonach ein Verfahrensmangel nur dann als Revisionsgrund anerkannt wird, wenn die Entscheidung auf ihm beruht.

---

150) Art. 88 I Ziff. 1.

151) Art. 88 Abs. 1 Ziff. 2-6. Nach Abs. 2 kann in diesen Fällen die Rücknahme außerdem nur innerhalb von 6 Monaten erfolgen.

152) So bei absoluter örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit (vgl. Forsthoff, S. 212, 214, Jellinek, S. 276 f., BVerwGE 1, 67 (70)).

153) Schäfer, S. 48.

154) Huber, WVR II, S. 720.

155) Vgl. dazu Huber, WVR II, S. 722.

156) Peters, S. 169 und Sommer, DÖV 54, 717 bezeichnen die Unzuständigkeit schlechthin als Rücknahmegrund. Rücknahme wegen sachl. Unzuständigkeit lassen zu: § 96 Abs. 1 Ziff. 1 AO, §§ 142 Ziff. 2 und 143 Ziff. 1 Thür. LVO. Unzuständigkeit allgemein: § 431 Ziff. 2 bad. VO. S. auch Jellinek, S. 283.

157) Begr. EVRO, S. 300 zu Art. 88. Siehe auch Piechulek, JR 57, 252.

Insgesamt kann jedoch gesagt werden, daß bei Verfahrensmängeln häufig die Gesetzesverletzung und die Forderung nach Wiederherstellung der gesetzmäßigen Lage gegenüber dem Vertrauensschutz von untergeordnetem Gewicht sein werden und der VA daher nicht zurückgenommen werden kann[158]. Eine Rücknahme wird grundsätzlich nur bei gröberen Verfahrensverstößen in Frage kommen.

Umstritten ist, ob darüber hinaus bei inhaltlicher Fehlerhaftigkeit noch Abstufungen nach schwereren und leichteren Fehlern gemacht werden können, ob es also "Gesetzwidrigkeiten verschiedenen Grades" gibt[159]. Das ist grundsätzlich zu bejahen, wobei es im Einzelfall auf Zweck und Bedeutung der übergangenen gesetzlichen Bestimmungen, die Art des verletzten Rechtswerts und die Tragweite der Verletzung ankommt. In der Regel kann beispielsweise davon ausgegangen werden, daß Verstöße gegen rein formale gesetzliche Voraussetzungen (z.B. Stichtag) weniger schwer wiegen, als Verstöße gegen sachliche Voraussetzungen (z.B. Verlust des Eigentums)[160]. Aus diesem Grunde kann etwa eine Doktorpromotion nicht allein deshalb zurückgenommen werden, weil der Promovierte z.B. nur 5 statt der vorgeschriebenen 6 Semester studiert hat[161]. Der Verstoß gegen die formalen Zulassungsvoraussetzungen fällt, wenn der Kandidat im übrigen die Prüfung bestanden hat, nicht mehr ins Gewicht und kann daher auch die Rücknahme nicht begründen[162].

b) Ausmaß der Belastung für die Öffentlichkeit im Falle der Aufrechterhaltung des fehlerhaften VAs

Vielfach wird die Rücknehmbarkeit auch davon abhängig gemacht, welche Folgen es für die Öffentlichkeit haben würde, falls der fehlerhafte VA aufrechterhalten bliebe. Insbesondere bei VAen, die Geldleistungen zum Inhalt haben, soll es eine Rolle spielen, welche Belastung sich aus der Versagung der Rücknehmbarkeit für die öffentliche Hand ergeben[163]. Das "öffentliche Interesse" an der Rücknahme wird als umso stärker angesehen, je größer diese Belastung ist.

Nun ist zwar anzuerkennen, daß auch fiskalische Interessen des Staates öffentliche Interessen darstellen, jedoch sind diese - wie bereits oben dargelegt - nicht schlechthin geeignet, die Rücknahme begünstigender VAe trotz zu gewährenden

---

158) Vgl. auch Erning, DVBl. 60, 189.

159) Bejahend OVG Berlin ES Bd. 5, S. 1(7) = DVBl. 57, 503(505); Hess. VGH VRspr. 11, 803(809). Dagegen Schütz, DÖV 58, 449/450; Beinhardt, Bay VBl. 60, 244.

160) Das leugnet - m.E. zu Unrecht - Schütz, DÖV 58, 449 f. Vgl. aber z.B. § 41 des VerwVerfG in der Kriegsopferversorgung. Nach Satz 2 dieser Bestimmung rechtfertigen formale Verstöße (u.a. Versäumung der Anmeldefristen nach §§ 56 bis 59 BVG) die Rücknahme nicht.

161) Beispiel bei Jellinek, S. 284; Hierzu auch Sommer, DÖV 54, 717.

162) Siehe auch oben S. 65.

163) Vgl. Wolff, S. 295; ferner Wagner, MDR 60, 547 f (das BVerwG wiege in

Vertrauensschutzes zu rechtfertigen. Vielmehr sind gegenüber dem berechtigten Vertrauen des Begünstigten nur die nach der Rechtsordnung maßgebenden Interessen an der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes zu berücksichtigen. Für das Gewicht des Rechts und der Pflicht der Behörde, dem Gesetz auch nachträglich noch Geltung zu verschaffen, darf es aber im Prinzip keine Rolle spielen, welche finanziellen Nachteile sich aus der Aufrechterhaltung eines begünstigenden VAs für den Staat ergeben. Wollte man die Summe, die bei der Rücknahme für den Staat auf dem Spiele steht, als maßgeblichen Gesichtspunkt anerkennen, so würde dies bedeuten, daß beispielsweise ein Entschädigungsbescheid über 2000.- DM zurückgenommen werden könnte, während bei sonst gleichen Voraussetzungen ein solcher über nur 500.-- DM aufrechterhalten bliebe, nur weil im letzteren Fall die finanziellen Auswirkungen geringer sind.

Dem Ausmaß der finanziellen Belastung kann freilich u.U. mittelbar Rechnung getragen werden. Wird einem Antragsteller trotz Fehlens gesetzlicher Voraussetzungen eine Geldleistung zugesprochen, so ist er damit gegenüber allen anderen, die unter denselben Voraussetzungen nichts erhalten, ungleich bevorzugt[164]). Hat er auf sein Recht vertraut und sich auf den begünstigenden VA eingerichtet, so rechtfertigt zwar dieser Umstand die ungleiche Behandlung, aber eben doch nur so weit, wie der Vertrauensschutz reicht. So wird man eine laufende Rente, die voraussichtlich noch längere Zeit zu bezahlen wäre, zwar nicht mit der Begründung entziehen können, die finanziellen Auswirkungen seien hier größer als bei einer Rente, deren Laufzeit ohnehin bald endigt; indessen dürfte dem Vertrauensschutzgedanken genügt sein, wenn die Weiterzahlung auf eine angemessene Zeit begrenzt wird, um dem Empfänger Gelegenheit zu geben, sich auf die neue Lage umzustellen.

IV. RÜCKNAHME BEGÜNSTIGENDER VAE AUF BESONDEREN RECHTSGEBIETEN

1. Beamtenrechtliche VAe

Ein Rechtsgebiet, auf dem sich die Gerichte nicht selten mit der Rücknahme begünstigender VAe zu beschäftigen hatten, ist das Beamtenrecht. Hier ergeben sich insbesondere hinsichtlich der rückwirkenden Abänderung fehlerhafter Festsetzungsbescheide über Dienst- und Versorgungsbezüge einige Sonderfragen, die hier kurz behandelt werden sollen.

Einmal ist schon nicht unbestritten, ob derartige Festsetzungen überhaupt als

---

Wahrheit die Vermögensinteressen beider Seiten gegeneinander ab).

164) Vgl. Hess. VGH VRspr. 11, 803 (807) = ESVGH 8, 219 (223).

begünstigende VAe angesprochen werden können. Das wird teilweise mit Rücksicht auf ihren reinen Feststellungscharakter in Frage gestellt[165]. Nachdem das Verhältnis von feststellendem und begünstigendem VA schon an anderer Stelle behandelt wurde, kann im wesentlichen auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden[166]. Auch bei der Festsetzung von Dienst- und Versorgungsbezügen kann die Begünstigung allein darin liegen, daß "die Rechtsposition" des Beamten durch Konkretisierung der gesetzl. Vorschriften verbessert und dieser dadurch "begünstigt" wird[167]. Es ist mithin nicht entscheidend, ob sich die Höhe der festgesetzten Bezüge auch schon aus den gesetzlichen Vorschriften entnehmen läßt, die Festsetzung also nur das "numerische Ergebnis aus gesetzlich feststehenden Fakten" ist, "die bei entsprechender technischer Ausgestaltung auch von einer Rechenmaschine vorgenommen werden könnte"[168]. Die Begünstigung ist hier allein schon in der formellen Bedeutung des VAs begründet[169]. Es kommt dabei auch nicht darauf an, ob das Gesetz eine formelle Festsetzung ausdrücklich vorschreibt, wie dies für die Versorgungsbezüge in § 155 BBG der Fall ist. Der Bescheid über die Dienstbezüge eines Beamten kann ebenso ein begünstigender VA sein, auch wenn die förmliche Festsetzung gesetzlich nicht ausdrücklich angeordnet wurde[170]. Entsprechendes gilt im übrigen auch für die Festsetzung des Besoldungsdienstalters[171].

Ein weiterer, heftiger umstrittenerer Fragenkomplex betrifft in diesem Zusammenhang die Bedeutung des § 87 Abs. 2 BBG[172] für die Rücknahme von Festsetzungsbescheiden. Nach dieser Bestimmung regelt sich die Rückforderung zuviel gezahlter Dienst- oder Versorgungsbezüge nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es herrscht nun keineswegs Übereinstimmung darüber, wann eine solche Überzahlung i.S. des § 87 Abs. 2 BBG vorliegt. Auf der einen Seite wird ausschließlich auf die materielle Rechtslage abgestellt und die Frage allein danach entschieden, ob sich zwischen den gesetzlich zustehenden und den tatsächlich ausgezahlten Bezügen eine Differenz ergibt[173].

---

165) So vor allem Plog, RiA 59, 337; aber auch Bd.-Württ. VGH VRspr. 8, 308; OVG Lüneburg ZBR 1958, 346 f (348).

166) Siehe S. 15 ff.

167) BVerwGE 8, 261 = JZ 59, 641 f; so schon Bachof, JZ 57, 437; ferner Haueisen, NJW 58, 441 (442), Menger, Verw. Arch. 50, 87; insoweit zustimmend auch Kretschmer, ZBR 61, 9 (10).

168) So Plog, a.a.O., S.339.

169) BVerwG a.a.O.; Haueisen, NJW 58, 442.

170) Vgl. Haueisen in seiner Anm. zum Urteil des BVerwG JZ 59, 644.

171) Vgl. Tietgen, DVBl. 58, 472.

172) Oder entsprechende Bestimmungen in den Landesgesetzen.

173) So vor allem Plog, RiA 59, 337 (340) u. Kretschmer, ZBR 1959, 311; fer-

Demgegenüber mißt vor allem die Rechtsprechung unter Führung des BVerwGs dem Festsetzungsbescheid die entscheidende Bedeutung zu. Solange dieser nicht wirksam mit rückwirkender Kraft zurückgenommen worden sei, bilde er, selbst wenn er fehlerhaft sei, einen Rechtsgrund für die Zahlung der Bezüge; diese seien daher bis dahin nicht "ohne rechtlichen Grund" und damit auch nicht "zuviel" gezahlt[174].

Die für das Thema dieser Arbeit bedeutsame Frage stellt sich dahin, unter welchen Voraussetzungen die Rücknahme des Festsetzungsbescheids zulässig ist. Das BVerwG hat in erster Linie aus dem Grunde Kritik erfahren, weil es die Zulässigkeit der Rücknahme auch hier nach den allgemeinen Rücknahmeregeln bestimmen und von der Abwägung des Vertrauensschutzes gegenüber dem öffentlichen Interesse abhängig machen will[175]. Es scheidet diese Frage scharf von der weiteren Frage der Abwicklung des schon bestehenden Rückforderungsanspruchs. Nur auf letzteren treffe § 87 Abs. 2 BBG zu. Der dagegen erhobene Einwand, es werde damit um der Geschlossenheit des Systems willen[176] die Bedeutung des § 87 Abs. 2 BBG in einer dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechenden Weise unangemessen herabgemindert[177], kann nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden. Die Vorschrift würde nämlich entsprechend der Auffassung des BVerwGs nur dann noch zum Zuge kommen können, wenn die rückwirkende Beseitigung des Festsetzungsbescheides ausnahmsweise nach den allg. Grundsätzen zulässig wäre. Der Bay. VGH hat sich daher - in einer zeitlich vor der des BVerwGs liegenden Entscheidung - auf den Standpunkt gestellt, die Rücknahme von Festsetzungsbescheiden sei - abweichend von den allgemeinen Regeln - in jedem Falle ohne weiteres zulässig, da die Interessen des Beamten durch § 87 Abs. 2 BBG ausreichend berücksichtigt seien. Der Gesetzgeber habe dort bereits eine Interessenabwägung abstrakt vorgenommen, indem er nämlich grundsätzlich die Rückforderung ausgeschlossen habe, soweit der Beamte nicht mehr bereichert sei. Daneben sei für eine konkrete Interessenabwägung (hinsichtlich der Rücknehmbarkeit) kein Raum mehr[178]. Beide Auffassungen, sowohl die des BVerwGs als auch die des VGHs München können nicht befriedigen[179]. In Wahr-

---

ner Wagner, MDR 60, 548.

174) So insbes. BVerwGE 8, 261 (267) = JZ 59, 641 (642) mit zust. Anm. Haueisen; Bay. VGH VRspr. 11, 450 (451); Hess. VGH ZBR 59, 117.

175) JZ 59, 642/643 = BVerwGE 8, 261 (268 ff).

176) So Plog, RiA 59, 337 (339).

177) Vgl. Kretschmer, ZBR 59, 311.

178) Bay. VGH 2.12.58 VRspr. 11, 450 (451).

179) Abzulehnen ist auch die neuestens von Kretschmer (ZBR 61, 9 ff) vertretene Ansicht, die Festsetzung höherer als der gesetzlich zulässigen Bezüge sei im Hinblick auf § 183 I BBG nichtig. Aus der Unwirksamkeit entsprechender Zusicherungen, Vereinbarungen und Vergleichen, also im wesentlichen rechts-

heit kann nämlich die Rücknehmbarkeit nicht unabhängig vom Rückforderungsanspruch bestimmt werden. Die Rücknahme eines Festsetzungsbescheides über Dienst- oder Versorgungsbezüge ist ja nicht Selbstzweck, sondern soll gerade - soweit es sich um die Rücknahme ex tunc handelt - der Rückforderung der gesetzwidrig gezahlten Bezüge dienen. Eine Rücknahme, bei der von vornherein feststeht, daß der Rückforderungsanspruch gem. § 87 Abs. 2 BBG ausgeschlossen ist, wäre ein reiner Formalakt ohne jeden praktischen Wert. Vom Standpunkt des BVerwGs aus ist auch nicht einzusehen, wie es jemals dazu kommen könnte, ein überwiegendes öffentliches Inteesse an der Rücknahme unter eben dieser Voraussetzung zu bejahen. Die in § 87 Abs. 2 BBG genannten Grundsätze können - wenn überhaupt - nur für die Zulässigkeit der Rücknahme von Bedeutung sein. Soll diese Vorschrift noch einen vernünftigen Sinn haben, so muß sie als eine - wenn auch unglücklich formulierte - gesetzliche Rücknahmeregelung angesehen werden. Das bedeutet aber, daß Festsetzungsbescheide nur insoweit zurückgenommen werden können, als die Voraussetzungen des § 87 Abs. 2 BBG vorliegen[180]. Im Einzelfall wird daher u.U. auch einmal eine teilweise Rücknahme auszusprechen sein, wenn die Bereicherung nur hinsichtlich eines Teils des Erhaltenen weggefallen ist[181].

Die hier vertretene Auffassung räumt der Bestimmung des § 87 Abs. 2 BBG die Bedeutung ein, die ihr nach dem Sinn des Gesetzes zweifellos zukommt. Damit entfallen auch ein großer Teil der gegen die Rechtsprechung des BVerwGs vorgebrachten Bedenken, wie beispielsweise auch das, die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes wäre gegebenenfalls zweimal zu berücksichtigen, nämlich sowohl bei der Frage der Zulässigkeit der Rücknahme wie auch bei der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs[182]. Andererseits braucht auch die "Geschlossenheit des Systems" nicht aufgegeben zu werden. So entspricht die Regelung des § 87 Abs. 2 S. 2 BBG den hier vertretenen allgemeinen Rücknahmegrundsätzen, wonach der Vertrauensschutz bei Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis der Fehlerhaftigkeit ausgeschlossen ist. Daß die Bereicherungsgrundsätze auch im übrigen für die Rücknehmbarkeit von Bedeutung sein können, wurde ebenfalls schon dargelegt[183]. Anders ist die Rechtslage hier al-

---

geschäftlichen Handlungen, kann nicht auf die Nichtigkeit ordnungsgemäßer hoheitlicher Festsetzungen geschlossen werden. Eine solche bei bloßer Gesetzwidrigkeit völlig außergewöhnliche Rechtsfolge hätte der Gesetzgeber ausdrücklich normieren müssen.

180) In dieser Richtung auch Burmeister, ZBR 60, 106 ff (107).

181) Der Wegfall der Bereicherung ist dabei - entgegen der Auffassung des BVerwG (BVerwGE 8, 261 (270)) von Amts wegen zu beachten (vgl. Kretschmer, ZBR 59, 311 (312)).

182) Vgl. Kretschmer, ZBR 59, 312. 183) Siehe S. 111 f.

lerdings insofern, als andere Gesichtspunkte als die des Bereicherungsrechts nach § 87 Abs. 2 BBG grundsätzlich ausgeschlossen sind[183a]. Soweit sich aus dieser etwas starren Regelung Härten ergeben würden, muß im Einzelfall auf die Billigkeitsbestimmung des § 87 Abs. 2 Satz 3 BBG zurückgegriffen werden. Hier sind auch gegebenenfalls alle übrigen Umstände zu berücksichtigen, die für den Vertrauensschutz von Bedeutung sind. Insbesondere wird in diesem Rahmen zu beachten sein, daß u.U. die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht dem Vertrauensschutzgedanken ein besonderes Gewicht verleihen kann[184]. Das gilt vor allem dort, wo die Rücknahme des VAs nicht nur wirtschaftliche Auswirkungen für den Beamten hat, sondern, wenn es sich etwa um die Aberkennung einer Rechtsstellung handelt, zugleich inhaltlich auch eine Disqualifizierung des Betroffenen darstellt[185].

2. Rücknahme aus polizeirechtlichen Gründen

Der Begünstigte wird sich in der Regel nicht auf den Vertrauensschutz berufen können, wenn durch den Erlaß oder den Bestand des begünstigenden VAs ein polizeiwidriger Zustand herbeigeführt bzw. aufrechterhalten wird und der VA auch aus diesem Grunde fehlerhaft ist. Werden also beispielsweise bei einer Erlaubniserteilung gesetzliche Bestimmungen nicht beachtet, die der Gefahrenabwehr dienen, so kann, wenn eine entsprechende Gefahr dann tatsächlich eingetreten ist, die Rücknahme in jedem Fall erfolgen, da die Gebote der Gefahrenabwehr und der Störungsbeseitigung allgemein von höherem Rang sind, als der individuelle Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit[186]. Ein anschauliches Beispiel bildet die Entscheidung des PrOVG vom 25.1.1896[187]. Dort wurde ein Wohngebäude in unmittelbarer Nähe einer Sprengstoffabrik irrtümlich genehmigt und die Genehmigung nach Baubeginn zurückgenommen. Die Entscheidung läßt die Rücknahme zu Recht zu, da sie der Beseitigung eines gefahrdrohenden Zustandes dient[188]. Die polizeiliche Ermächtigung zum Handeln wurde nicht dadurch "verbraucht", daß die Erlaubnis vorher irrtümlich erteilt wurde[189]. Zu

---

183a) Die Vorschrift muß als erschöpfende Regelung der Rücknahmefrage angesehen werden.

184) Vgl. Wolff, S.295, Haueisen, DVBl. 57, 508, BVerwG DÖV 58, 710 (711); Hess. VGH VRspr. 11, 803 (810) = ESVGH 8, 219 (225).

185) Vgl. Hess. VGH ZBR 60, 392 (394).

186) So Wolff, S.295; vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Rdnr. 43; Drews-Wacke, Allg. Polizeirecht, 1954, S. 126; Scheerbarth, DVBl. 60, 186.

187) Bd. 29, 390 ff. 188) Vgl. dazu Jellinek, S.283/284.

189) Vgl. Ipsen, Widerruf, S.124, VGH Stuttg., ESVGH 7, 60.

beachten sind allerdings in diesem Zusammenhang die bei den gewerberechtlichen Erlaubnissen häufigen sondergesetzlichen Rücknahmeregelungen.

Weiter wird die Rücknahme eines begünstigenden fehlerhaften VAs durch polizeiliche Gesichtspunkte jeweils nur insoweit gedeckt, als sie zur Gefahrenbeseitigung notwendig ist[190]. Genügt hierzu eine Rücknahme ex nunc, so kann der VA nicht ex tunc zurückgenommen werden, falls dies nicht aus anderen Gründen zulässig ist.

3. VAe auf dem Gebiet des Sozialrechts

Auch für VAe, die in die Zuständigkeit der Sozialgerichte fallen, gelten die dargelegten allgemeinen Rücknahmegrundsätze. § 77 SGG bestimmt zwar, daß der unanfechtbar gewordene VA "für die Beteiligten in der Sache bindend" werde, fügt aber hinzu: "soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt wird". Als "Gesetz" im Sinne dieser Vorschrift wird nicht nur das formelle Gesetz, sondern entsprechend Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm angesehen. Dazu gehören auch die "anerkannten Rechtsgrundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts" [191], so daß im Ergebnis die allgemeinen Rücknahmeregeln anzuwenden sind. Zu den Beteiligten im Sinne des § 77 SGG rechnet auch die Verwaltungsstelle, die den VA erlassen hat[192].

V. RÜCKNEHMBARKEIT VON VAEN MIT BESONDERER RECHTSQUALITÄT

1. Feststellende und streitentscheidende VAe

Einer gesonderten Betrachtung soll die Gruppe der feststellenden und streitentscheidenden VAe unterzogen werden. Beide Arten werden verschiedentlich generell als bindend und damit unwiderruflich angesehen[193].

Bevor auf die Frage ihrer Rücknehmbarkeit eingegangen wird, soll zunächst eine kurze begriffliche Klärung vorangeschickt werden. Während früher beide Arten entweder als identisch oder doch jedenfalls die streitentscheidenden als Untergrup

---

190) Vgl. Erning, DVBl. 59, 796/797; Ipsen, a.a.O., S.123/124.

191) BSGE 7, 51 (53); Peters-Sauter-Wolff, Komm. zur Sozialgerichtsbarkeit, § 77 SGG, Anm. 8; Haueisen, DVBl. 59, 228 (232) unter Aufgabe seiner früheren Auffassung in "Die Ortskrankenkasse" 1956, S.189 ff; ders., "Die Ortskrankenkasse" 1958, 425.
Siehe aber neuerdings LSG Bremen DVBl. 61, 338 (340).

192) Peters-Sauter-Wolff, a.a.O., § 77 SGG Anm. 4 c.

193) Hinsichtlich der feststellenden VAe vgl. v. Turegg, JR 52, 18 (19); Som-

pe der feststellenden VAe dargestellt wurden, hat insbesondere Schüle die Rechtsnatur der streitentscheidenden VAe eingehend untersucht[194] und festgestellt, daß diese durchaus dogmatische Eigenständigkeit besitzen[195]. Schon vor ihm wurde vereinzelt darauf hingewiesen, daß feststellende VAe keineswegs immer streitentscheidender Natur sein müssen und daß es andererseits auch streitentscheidende VAe gibt, die nicht feststellenden, sondern gestaltenden Charakter haben[196].

Der feststellende VA steht dem gestaltenden VA gegenüber. Für letzteren ist charakteristisch, daß er - häufig auf Grund von Ermessensentscheidungen - konkrete Rechtslagen oder Rechtsverhältnisse konstitutiv begründet, abändert oder aufhebt[197]. Hingegen sprechen die feststellenden VAe lediglich mit verbindlicher Wirkung aus, "was ohnedies Rechtens ist"[198], indem sie eine rechtlich erhebliche Eigenschaft einer Person, einer Sache oder eines Sachverhalts in Anwendung geltenden Rechts verbindlich festlegen oder eine beantragte Feststellung ablehnen[199].

Auf der anderen Seite ist für den streitentscheidenden VA der Umstand wesentlich, daß er am Ende eines Sachverhalts steht, der einen "Streit", also eine Meinungsverschiedenheit, Uneinigkeit oder dergleichen darstellt[200]. Feststellende und streitentscheidende VAe sind in der Rechtswirklichkeit nicht immer leicht zu trennen[201], zumal sich beide Arten tatsächlich in weitem Umfang überschneiden.

Indessen lassen sich gerade hinsichtlich der Rücknehmbarkeit Verschiedenheiten feststellen. Soweit die Rücknehmbarkeit beider Arten verneint wird, geschieht dies meist unter dem Hinweis, diese VAe kämen den richterlichen Urteilen gleich[202] oder seien zumindest in die Nähe der richterlichen Entscheidungen gerückt[203]. Zuweilen wird den streitentscheidenden VAen auch materielle Rechtskraft zuerkannt[204]. Das BVerfG legt bei der Frage der Rechtsbeständigkeit streit-

---

mer, DÖV 54, 747; württ. EVRO Art. 86; hinsichtlich der streitentscheidenden VAe: Jellinek, S. 281; Dernedde, DVBl. 50, 543; Haueisen, "Die Ortskrankenkasse" 1956, 189; ders., NJW 58, 442 (443).

194) Schüle, "Der streitentscheidende VA", Staats- u. verwaltungsrechtl. Beiträge der Hochschule Speyer, 1957, S. 277 ff.

195) A. a. O., S. 297. Auch Forsthoff, S. 194 spricht von einem VA "eigener Prägung".

196) Vgl. Bachof, JZ 57, 336 gegen BVerwGE 2, 208. Vgl. Schüle, a. a. O., S. 293.

197) Forsthoff, S. 193.

198) Vgl. Huber, WVR I, S. 60.

199) Vgl. Wolff, S. 253.

200) Schüle, a. a. O., S. 286/287.

201) Vgl. Schüle, a. a. O., S. 286 f, 291, 297; Wolff, S. 253.

202) So Dernedde, DVBl. 50, 543; s. ferner Jellinek, S. 281 für den streitentscheidenden VA.

203) So v. Turegg, JR 52, 19; Sommer, DÖV 54, 747 für feststellende VAe.

204) Bachof, JZ 53, 411 gegen BGH JZ 53, 410; vgl. auch Haueisen, NJW 58, 1661 (1662).

entscheidender VAe den Schwerpunkt auf das Verfahren, in dem sie zustande kommen[205]. Die Prozeßähnlichkeit des Verwaltungsverfahrens, insbesondere die der Entscheidung vorausgehende Klärung des Tatbestandes unter Anhörung der Beteiligten könne dazu führen, daß die Verwaltung an die ergehenden VAe gebunden und ihr versagt sei, das abgeschlossene Verfahren wieder aufzurollen[206]. Auch das BVerwG stellt wesentlich auf die besondere Gestaltung des Verfahrens im Einzelfall ab, aus dem der streitentscheidende VA hervorgegangen ist[207].

Unter diesen Voraussetzungen könnte nun allerdings eine allgemeine Bindung der Verwaltungsbehörden an feststellende oder streitentscheidende VAe nicht angenommen und mithin auch deren Rücknehmbarkeit nicht generell verneint werden. Denn weder bei den einen noch bei den anderen braucht das Verfahren, in dem sie ergehen, prozeßförmig gestaltet zu sein[208]. Auch im übrigen sind für beide Arten die formalen Kennzeichen des richterlichen Verfahrens keineswegs wesentlich. So ist auch für den streitentscheidenden VA nicht erforderlich, daß die entscheidende Behörde "als unbeteiligter Dritter" über den Streitenden steht, vielmehr kann der Streit oder die Meinungsverschiedenheit auch zwischen dem Bürger und der Verwaltungsbehörde selbst bestehen, wobei diese auch zugleich entscheidet[209].

Es wurde indessen bereits früher dargelegt[210], daß das mit besonderen Garantien ausgestaltete Verwaltungsverfahren seinen Sinn und Zweck in der Gewährleistung einer möglichst richtigen Entscheidung findet und damit in besonderer Weise auf die Endgültigkeit einer solchen Entscheidung hinweist[211]. Der Grundgedanke, daß die Verwaltung im Interesse der Rechtssicherheit an VAe gebunden sein müsse, deren Zweck es sei, unter den Beteiligten "reinen Tisch" zu machen, wird in der Rechtsprechung vor allem für die der Verwaltung übertragenen Akte der Rechtsfindung hervorgehoben[212]. Ähnlich den Urteilen der streitigen Gerichtsbarkeit dienten auch sie dem Ziel, Rechtsgewißheit zu schaffen, indem sie die Beziehungen aller Beteiligten ein für allemal regeln[213]. Für die Frage, ob ein VA endgültig in diesem Sinne sein soll, kommt es aber auf die Verfahrensge-

---

205) BVerfGE 2, 380 ff. 206) BVerfGE 2, 393-394.

207) BVerwGE 6, 1 = DVBl. 58, 56; vgl. auch BVerwGE 5, 312 = DVBl. 58, 285.

208) Vgl. Schüle, a.a.O., S. 296; siehe auch Wolff, S. 253: "... in einem prozeßähnlichen oder auch freien Verfahren".

209) Vgl. Schüle, a.a.O., S. 296, der es überhaupt ablehnt, irgendwelche Maßstäbe der streitigen Gerichtsbarkeit auf die streitentscheidenden VAe zu übertragen.

210) Vgl. oben S. 116 f.

211) Vgl. BVerfGE 2, 380(394); OVG Hamburg DVBl. 59, 147.

212) OVG Hamburg DVBl. 59, 147; BVerfGE 2, 394.

213) OVG Hamburg a.a.O.; BVerfG a.a.O., S. 394, 396; vgl. auch Begründung

staltung nicht entscheidend an[214]. Diese stellt vielmehr lediglich ein - wenn auch bedeutsames - Indiz dafür dar, daß eine endgültige Entscheidung gewollt ist. Ebensowenig kann auf das Merkmal der "Rechtsfindung" entscheidendes Gewicht gelegt werden, wenn man berücksichtigt, daß im Grunde jeder VA - auch soweit er nicht feststellender oder streitentscheidender Natur ist - in gewissem Umfang eine Rechtsfindung darstellt, wobei sich freilich die gestaltenden VAe nicht in der Rechtsanwendung erschöpfen, sondern weitere konstitutive Wirkungen hervorbringen.

Dagegen ist gerade die "Streitentscheidung" ein wesentliches Kriterium dafür, daß eine für alle Beteiligten endgültige Regelung getroffen werden soll[215]. Indem die streitentscheidenden VAe eine Meinungsverschiedenheit beilegen, beseitigen sie die darin zum Ausdruck kommende Rechtsunsicherheit. Sie üben damit ihrem wesentlichen Zweck nach eine der Rechtssicherheit dienende Funktion aus, mit der ihre Rücknehmbarkeit kaum zu vereinbaren wäre. Diese Überlegung trifft grundsätzlich auch auf diejenigen (freilich selteneren) streitentscheidenden VAe zu, die nicht Akte der Rechtsfindung sind, sondern andere Streitigkeiten betreffen[216]. Auch sie dienen nur dem Ziel, unter den Streitenden klare und sichere Verhältnisse zu schaffen und erfordern daher gleichermaßen Endgültigkeit.

Es erscheint aus diesen Gründen auch gerechtfertigt, den streitentscheidenden VAen generell bindende Wirkung beizulegen. Diese muß sich, da nicht nur der Vertrauensschutz, sondern in erster Linie Gründe der Rechtssicherheit maßgebend sind[217], sowohl auf begünstigende wie auch auf belastende VAe dieser Art erstrecken[218].

Eine entsprechende Regel läßt sich dagegen hinsichtlich der feststellenden VAe nicht bilden. Zwar dienen auch sie in gewisser Weise der Klarstellung von Rechtsverhältnissen. Sie können darüberhinaus im Einzelfall auch einmal geeignet sein, eine Ungewißheit zu beseitigen, jedoch ist das keineswegs ihre typische Funktion. Vielmehr betreffen sie weithin Fälle, bei denen über die Rechts-

---

z. EVRO, zu Art. 86, S. 281.

214) OVG Hamburg a.a.O., S. 149.

215) Vgl. Sommer, DÖV 54, 747, der darauf abhebt, daß mit der Streitentscheidung der Zeitpunkt gekommen sei, "wo es nichts mehr zu streiten gibt".

216) Vgl. Schüle, a.a.O., S. 292/293.

217) Siehe Wolff, S. 295, wonach bei den streitentscheidenden VAen der Rechtssicherheit "eine erhöhte Bedeutung" zukommt.

218) Vgl. Haueisen, Die Ortskrankenkasse, 1956, 189. In der Regel wird es sich freilich bei den streitentscheidenden VAen um sog. "janusköpfige" VAe handeln.

lage völlige Übereinstimmung herrscht. Damit entfällt aber bei den feststellenden VAen der entscheidende Grund für das besondere Bedürfnis nach einer nicht nur klarstellenden, sondern auch endgültigen Regelung, der bei den streitentscheidenden VAen gerade in der für sie charakteristischen vorausgehenden Kontroverssituation gesehen wurde.

Eine allgemeine Bindung der Verwaltungsbehörden an ihre feststellenden VAe ist daher abzulehnen. Sie läßt sich - wie schon dargelegt - auch nicht damit begründen, daß es sich meist um Akte der Rechtsfindung handelt. Selbst bei den Gerichtsentscheidungen erstreckt sich ja die Bindungswirkung des § 318 ZPO nicht auf alle "Akte der Rechtsfindung", sondern beschränkt sich auf die End- und Zwischenurteile, die gerade dazu dienen, einen Streit oder Zwischenstreit zu erledigen. Bei der Vielfältigkeit der Regelungen, die als feststellende VAe ergehen, muß alles auf den Einzelfall abgestellt werden. Im Rahmen der jeweils vorzunehmenden Güterabwägung können dann auch besondere Verfahrensausgestaltungen oder andere Umstände berücksichtigt werden, die darauf hindeuten, daß die im betreffenden VA enthaltene Feststellung endgültig und unabänderbar sein soll.

2. Rechtsgestaltende (insbesondere privatrechtsgestaltende) VAe

Weithin wird auch hinsichtlich der rechtsgestaltenden und insbesondere der privatrechtsgestaltenden VAe die Auffassung vertreten, diese seien grundsätzlich weder widerruflich noch zurücknehmbar[219]. Dabei kommt allerdings nicht immer klar zum Ausdruck, welche VAe im einzelnen unter diesen Begriffen zusammengefaßt werden sollen. Eine genaue begriffliche Abgrenzung wäre aber in Anbetracht dessen, daß unter rechtsgestaltenden bzw. privatrechtsgestaltenden VAen keineswegs überall dasselbe verstanden wird[220], unerläßliche Voraussetzung für eine generelle Beurteilung ihrer Rücknehmbarkeit.

Gleichwohl kann und muß hier auf eine begriffliche Klärung verzichtet werden. Nicht nur, weil eine solche Untersuchung über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausginge, sondern auch, weil angesichts der Vielgestaltigkeit der VAe, denen jedenfalls rechtsgestaltende Wirkung zuerkannt werden müßte, sich die Frage der Rücknehmbarkeit ohnehin nicht für alle rechtsgestaltenden VAe einheitlich lösen ließe. Selbst für die Sondergruppe der privatrechtsgestaltenden VAe[221]

---

219) Für die rechtsgestalt. VAe vgl. Haueisen, NJW 1955, 1459 und OKK 1956, 18; grundsätzlich auch Wolff, Lehrb., S. 295. Für die privatrechtsgest. VAe vgl. v. Turegg, JR 1952, 18 (19); Sommer, DÖV 1954, 747.

220) Zu eng m. E. Schäfer, Widerruf, S. 48 und Sommer, DÖV 54, 747, vgl. auch Forsthoff, Lehrb., S. 193, Haueisen, NJW 55, 1459.

221) Vgl. die grundlegenden Arbeiten von Bürckner, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, 1930, und Kroeber, Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsakts, 1931.

kann - sofern man diesen Begriff weit faßt[222] - die Rücknehmbarkeit kaum generell beurteilt werden.

Indessen können doch für gewisse Gruppen rechtsgestaltender VAe - ohne sich begrifflich festzulegen - einheitliche Regeln über die Rücknehmbarkeit aufgestellt werden. Hierbei verdienen vor allem diejenigen VAe eine Hervorhebung, welche eine rechtssatzmäßig vorgesehene Stellungnahme zu Rechtsgestaltungen des privaten oder öffentlichen Rechts zum Inhalt haben[223].

a) Auf dem Gebiet des Privatrechts sind hierunter die Genehmigungen oder Bestätigungen von Verträgen[224] oder anderer privater Rechtsgeschäfte[225] zu verstehen. Diese Gruppe privatrechtsgestaltender VAe wird im Interesse der Rechtssicherheit überwiegend für grundsätzlich unabänderlich gehalten[226]. Bemerkenswerterweise will sogar Forsthoff, der im übrigen jede Einschränkung der Rücknehmbarkeit fehlerhafter VAe scharf ablehnt, hier aus Gründen der Rechtssicherheit den Widerruf wie auch die Rücknahme ganz ausschließen[227].

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Rechtssicherheit verlangt hier vor allem deswegen besondere Beachtung, weil die genannten VAe nicht nur aus sich heraus Wirkungen entfalten, sondern, da sie Voraussetzung für die Gültigkeit weiterer selbständiger Rechtsgeschäfte des Privatrechts sind, mittelbar auch deren

---

222) Kroeber, a.a.O., S.19 f rechnet sogar bestimmte gewerbepolizeiliche Erlaubnisse zu den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten.

223) Forsthoff, Lehrb., S.247.

224) Früher etwa die zahlreichen preisrechtlichen Genehmigungen, vgl. Bürckner, S.26 f unter 2 b).

225) Beispielsweise die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung eines Schwerbeschädigten nach § 14 SchBG oder die Zustimmung des Landesarbeitsamts zu Massenentlassungen nach § 16 KSchG. Im strengen Sinne stellte diese "Zustimmung" wohl keine eigentliche "Genehmigung" sondern eher eine Ermächtigung zur Vornahme der Kündigung dar (so Haueisen, NJW 55, 1459, vgl. auch Bürckner, S. 25 1a).

226) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42 Rdnr. 41; Schäfer, Widerruf, S. 49; Bullinger, DÖV 1957, 764; Lange, NJW 1950, 731 (732); und DVBl. 1957, 250; Kroeber, a. a. O., S. 51; Bay. VGH VRspr. 3, 316, ebenso schon RGZ 103, 104; RG in JW 1925, 1117, a. A. wohl Württ.-Bad. VGH VRspr. 1, 40 (46) u. VRspr. 9, 554 f (555).

227) Lehrb., S. 247, letzter Abschnitt und Fußnote 7.

Wirkungen auf ihnen beruhen. Ist das bis dahin schwebend unwirksame Rechtsgeschäft[228] auf Grund der Genehmigung oder Bestätigung voll wirksam geworden, so ist es damit gewissermaßen ins Privatrecht "entlassen"[229] und zeitigt dort seine eigenen spezifischen Wirkungen. Auf seiner Grundlage werden regelmäßig weitere tatsächliche oder rechtliche Handlungen vorgenommen, beispielsweise das auf Grund eines genehmigten Vertrages erworbene Grundstück bebaut oder weiterveräußert. Das Erfordernis einer Genehmigung oder besonderen Ermächtigung ist mit der Funktion dieser Rechtsgeschäfte überhaupt nur dann vereinbar, wenn die Beteiligten sowie Dritte sich in jedem Fall darauf verlassen können, daß die Entscheidung der Behörde endgültig ist und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes jedenfalls von dieser Seite her nicht mehr in Frage steht. Es wäre mit dem Grundgedanken der Rechtssicherheit unvereinbar, wenn auch in diesen Fällen das "Damoklesschwert" der Rücknahme[230] u.U. noch längere Zeit über der Genehmigung und mithin auch über dem Rechtsgeschäft selbst schweben würde[231].

Entsprechende Erwägungen liegen übrigens auch der Regelung des § 55 FGG zugrunde, wonach die nachträgliche Abänderung einer vormundschaftlichen Genehmigung (die ihrem Inhalt nach einen VA darstellt) schlechterdings ausgeschlossen ist[232].

Keine volle Übereinstimmung herrscht über den Zeitpunkt, von dem an die Rücknahme einer Genehmigung oder Ermächtigung ausgeschlossen sein soll. Während meist darauf abgestellt wird, ob die Gestaltungswirkung schon eingetreten [233] und das betreffende Rechtsgeschäft damit voll wirksam geworden ist[234], findet sich vereinzelt auch die Auffassung, die Bindungswirkung trete schon mit der Bekanntgabe des VAs ein[235]. Es ist hier jedoch zu unterscheiden.

Handelt es sich um die Genehmigung eines schon abgeschlossenen Rechtsgeschäfts und begünstigt die Genehmigung - wie im Regelfall bei Verträgen - die Beteiligten ausschließlich, so tritt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts und mithin auch die Gestaltungswirkung mit der Bekanntgabe der Genehmigung an die

---

228) Vgl. dazu Bullinger, DÖV 1957, 761, 762 unter B I.

229) Bachof, JZ 54, 419; Bullinger, DÖV 57, 762.

230) Bullinger, DÖV 57, 764.

231) Vgl. Schäfer, S. 49; Bürckner, a.a.O., S. 92 ff (insbesondere S. 106 f). Auf die Rechtssicherheit stellt auch schon das Reichsgericht (JW 1925, 1117) ab.

232) Vgl. Baur, FGG, § 24 B III 1; Bullinger, DÖV 57, 764.

233) Haueisen, Die Ortskrankenkasse, 1956, 189; ders., NJW 55, 1459; Bachof, JZ 54, 419.

234) Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42, Rdnr. 41.

235) So Lange, DVBl. 57, 250 und AcP Bd. 152, S. 264; anders noch NJW

Beteiligten ein. Von diesem Zeitpunkt an ist der VA auch unabänderlich[236].

Ist eine Genehmigung oder Ermächtigung erteilt worden, bevor das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, so ist die Rücknahme nach den allgemeinen Regeln solange möglich, bis dieses Rechtsgeschäft vorliegt und damit die Gestaltung erfolgt ist[237].

Belastet der privatrechtsgestaltende VA zugleich einen der Beteiligten[238], so ist die Behörde erst nach Eintritt der Unanfechtbarkeit[239] gebunden. Sie kann sowohl auf ein Rechtsmittel des Belasteten hin[240] als auch von Amts wegen den VA aufheben[241]. Solange nämlich die Genehmigung noch angefochten werden kann, ist weder diese noch das genehmigte Rechtsgeschäft voll wirksam geworden, die endgültige Gestaltungswirkung kann der VA erst dann ausüben, wenn er unanfechtbar geworden ist[242].

Zu erörtern ist noch die Frage, ob die Unabänderbarkeit nicht auf solche Genehmigungen oder Ermächtigungen beschränkt werden sollte, die sich auf ein Rechtsgeschäft mit einmaligem Rechtserfolg (z.B. Austausch von Leistungen beim Kaufvertrag, Kündigung eines Schwerbeschädigten) beziehen, während bei Rechtsgeschäften mit Dauerwirkung (z.B. devisenrechtl. Genehmigung eines Dauerlieferungsvertrags) eine Aufhebung der Genehmigung mit der Folge, daß der Vertrag für die Zukunft unwirksam wird, möglich wäre [243]. Da-

---

50, 731 (732).

236) Vgl. Schäfer, S.50; Haueisen, NJW 54, 1425 (1426). Es muß hier - entgegen Lange (NJW 50, 732) - schon das Vorliegen des obligatorischen Rechtsgeschäfts genügen. Die Rücknehmbarkeit ist also nicht erst dann ausgeschlossen, wenn der Vertrag erfüllt wird (vgl. auch RGZ 103, 104 (106 f)); abweichend wohl RGZ 106, 142 (145).

237) Bullinger, DÖV 57, 761 (763 Fußn. 19); Schäfer, S.50; Keidel, FGG 7. Aufl. 1959, Anm. 2 b zu § 55; RGZ 106, 142.

238) Siehe die bei Bullinger, a.a.O., S. 792 angeführten Beispiele.

239) Zur Zulässigkeit einer selbständigen Anfechtung siehe Bullinger, a.a.O., S. 792 f.

240) Vgl. Schäfer, S. 50.

241) S. dazu Bullinger, DÖV 57, 763; VG Karlsruhe DVBl. 58, 291 (292); a.A. Haueisen, NJW 54, 1425 (1426), Lange, AcP 152, 264.

242) Das verkennt Haueisen, a.a.O., wenn er meint, rechtsgest. VAe könnten auch vor Eintritt der formellen Rechtskraft nicht zurückgenommen werden, sobald sie allen Beteiligten gegenüber wirksam geworden seien.

243) So bei nachträglicher Änderung der Sachlage: Bullinger, a.a.O., S.764; Schäfer, a.a.O., S.50.

zu ist aber zu bemerken: Der VA, durch den ein Dauerschuldverhältnis genehmigt wird, ist selbst kein VA mit Dauerwirkung. Seine Wirkung erschöpft sich vielmehr in gleicher Weise wie bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts ohne Dauerwirkung darin, daß er diesem Rechtsgeschäft - auch für die Zukunft - zur Wirksamkeit verhilft. Die Rücknahme der Genehmigung kann nur bedeuten, daß das genehmigte Rechtsgeschäft als solches unwirksam ist. Sie ist daher auch hier entweder ex tunc oder aber gar nicht möglich. Sollen die Wirkungen des genehmigten Rechtsgeschäfts nur für die Zukunft entfallen, so würde das keine Rücknahme der Genehmigung darstellen, sondern den Erlaß eines neuen gestaltenden VAs voraussetzen, wobei die Wirksamkeit der ursprünglichen Genehmigung unberührt bliebe[244]. Des weiteren herrschen noch Meinungsverschiedenheiten darüber, ob diese Grundsätze nicht nur für die Erteilung der Genehmigung oder Ermächtigung, sondern auch für ihre Versagung zu gelten haben. In der Regel wird ja die Versagung keine begünstigenden, sondern nur belastende Wirkungen haben, jedoch kann ausnahmsweise - in den gleichen Fällen, in denen die Erteilung zugleich eine Belastung darstellt[245] - auch die Versagung ein begünstigender VA sein. So wird beispielsweise der Schwerbeschädigte durch die Versagung der Zustimmung zur ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung begünstigt[246].

Während Forsthoff[247] auch die Versagung für unabänderbar hält, soweit sie gestaltend in das den Gegenstand bildende Rechtsgeschäft eingreift, es also unwirksam werden läßt, schließt Haueisen diese VAe aus[248]. Zu einer differenzierten Lösung der Frage gelangt Bullinger, der sich mit dem Problem der Versagung einer Genehmigung eingehend befaßt hat[249]. Auch hier sind wieder verschiedene Sachlagen zu unterscheiden.

Sofern die Genehmigung für ein noch nicht vorliegendes, erst geplantes Rechtsgeschäft beantragt und von der Behörde abgelehnt wird, kann die Versagung wie ein anderer teils begünstigender, teils belastender VA zurückgenommen werden, da dieser VA noch keinerlei gestaltende Wirkung hat[250].

---

244) Vgl. Bürckner, a.a.O., S. 94/95. Was dieser dort für die Genehmigung zu einer Grundstücksveräußerung ausführt, muß entsprechend auch für den Fall von Rechtsgeschäften mit echter Dauerwirkung gelten.

245) S. oben S. 134/135. 246) Vgl. Schäfer, S. 50.

247) Lehrb., S. 247/248; ebenso Schäfer, S. 51; BGH NJW 56, 1918.

248) NJW 55, 1459, Fußnote 23; s. aber dagegen NJW 57, 385.

249) DÖV 57, 761 (764 ff).

250) Bullinger, a.a.O., S. 765 f unter I 2; Sellmann, Komm. z. SchwBeschG, 1954, Anm. 49 zu § 14, S. 241 ff; vgl. auch Keidel, FGG, Anm. 2 b zu § 55; Baur, FGG, § 24 B III 1 b.

Ist dagegen das Rechtsgeschäft schon vorgenommen, so wird es jedenfalls nicht schon mit der Versagung unwiderruflich nichtig. Innerhalb der Rechtsmittelfrist oder während des Rechtsmittelverfahrens kann es der Behörde nicht verwehrt sein, ihre Versagung aufzuheben und durch die Genehmigung zu ersetzen[250a]. Ist die Versagung dagegen unanfechtbar geworden, so ist damit auch das Rechtsgeschäft endgültig nichtig, die Zurücknahme kann es nicht wieder zum Leben erwecken und ginge ins Leere. Auch hier verlangen die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz, daß mit der Versagung ein endgültiger Zustand geschaffen wird und nicht etwa der vor der Versagung bestehende Schwebezustand forbesteht[250b]. Will die Behörde nachträglich doch noch die Genehmigung erteilen, so muß gegebenenfalls das Rechtsgeschäft neu vorgenommen werden[251].

Schließlich ist noch darauf einzugehen, wie die Rücknehmbarkeit im Falle der Täuschung der Behörde zu beurteilen ist. Die schon erwähnte Vorschrift des § 55 FGG schließt die Abänderung der vormundschaftlichen Genehmigung selbst bei Erschleichung aus[252]. Wie Bullinger[253] aber zu Recht betont, kann die Notwendigkeit eines Vertrauensschutzes kaum begründet werden, wenn die Genehmigung mit Wissen a l l e r Beteiligten erschlichen wurde, zumal Dritte schon nach bürgerlichem Recht hinreichend geschützt sind (§§ 892, 932 ff BGB)[254]. Auch das objektive Prinzip der Rechtssicherheit verlangt die Unabänderlichkeit erschlichener Genehmigungen nicht. Es ist daran zu erinnern, daß sogar richterliche Urteile im Wege der Wiederaufnahme abgeändert werden können, wenn sie erschlichen sind[255]. Wenn aber bei einem erschlichenen Urteil die Rechtssicherheit, die hier doch sonst absoluten Vorrang genießt, der nachträglichen Änderung nicht im Wege steht, so kann sie auch Rücknahme einer erschlichenen Genehmigung grundsätzlich nicht entgegenstehen[256].

Dies gilt indessen nicht, wenn wenigstens einer der Beteiligten gutgläubig war und auf die Richtigkeit des VAs vertraut hat. Dessen Vertrauen ist dann zu schützen und die Rücknahme deshalb ausgeschlossen. Der Vertrauensschutz kann diesem einen Beteiligten nicht deshalb versagt werden, weil die anderen die Genehmigung unlauter erwirkt haben[257].

250a) Vgl. Sellmann, a.a.O., Anm. 53 zu § 14.

250b) Vgl. auch Lange, AcP 152, 264, ebenso RGZ 103, 104 (107).

251) Bullinger, a.a.O., S.766/767; a.A. Hueck, KSchG, 2.Aufl. 1952, Anm. 14 zu § 18 (für die Zustimmung zur Entlassung nach §§ 15, 16 KSchG).

252) Keidel, FGG, Anm.2c zu § 55; ebenso RG in JW 25, 1117 für eine Genehmigung zur Veräußerung eines landwirtsch. Grundstücks.

253) DÖV 57, 764. 254) Ebenso Schäfer, S.49. 255) Vgl. § 580 Ziff.4 ZPO.

256) Die Rücknahme einer erschlichenen Genehmigung lassen zu: Surén-Loschleder, DGO, 1940 II S.390 f; Heseler, NJW 50, 246.

257) Ebenso Schäfer, S.49.

b) Auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sind VAe, welche eine Genehmigung oder Bestätigung enthalten, häufig. Es ist hier vor allem an die aufsichtlichen Akte gegenüber verselbständigten Verwaltungsträgern, wie Genehmigung und Bestätigung von Satzungen, Tarifen, Haushaltsplänen, Stellenplänen, Wahlen, Ernennungen, öffentlich-rechtlichen Verträgen usw. zu denken[258]. Aus ähnlichen Gründen wie bei den VAen, welche sich auf ein Rechtsgeschäft des Privatrechts beziehen, wird auch hier grundsätzlich von der Unabänderbarkeit auszugehen sein[259]. Die Erwägungen, die dazu geführt haben, bei den genannten privatrechtsgestaltenden VAen die Rücknehmbarkeit zu verneinen, treffen indessen auf die Genehmigungsfälle der Staatsaufsicht nur zu, wenn hierbei Rechte Dritter in Frage stehen[260]. Die Interessen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft allein dürften im allgemeinen nicht genügen, um die Rücknehmbarkeit auszuschließen[261].

c) Nicht ohne weiteres ausgeschlossen ist die Rücknahme hingegen bei den übrigen rechtsgestaltenden VAen, so etwa bei denjenigen privatrechtsgestaltenden VAen, die nicht wie die Genehmigungen einem privaten Rechtsgeschäft nur als "Geburtshelfer" 262) zur Seite treten, sondern selbst ein solches ersetzen[263]. Bürckner hält auch diese allgemein für unabänderbar[264]. Gewiß wird auch in diesen Fällen der Rechtssicherheit eine erhöhte Bedeutung zukommen und die Rücknahme häufig nicht möglich sein. Immerhin stehen aber insoweit doch die unmittelbaren Wirkungen des VAs in Frage. Ebenso, wie ein Privatrechtsgeschäft auch sonst aus verschiedensten Gründen nichtig oder anfechtbar sein kann, muß es bei besonders zwingenden und schwerwiegenden Mängeln[265] auch möglich sein, durch Rücknahme des privatrechtsgestaltenden VAs die Unwirksamkeit herbeizuführen. Es ist auch zu berücksichtigen, daß es sich in diesen Fällen meist um VAe mit Doppelwirkung handelt, die zugleich einen Dritten belasten. Dessen Interesse an der Rücknahme ist u.U. ebenfalls zu be-

---

258) Forsthoff, S.247.

259) So Haueisen, NJW 55, 1457(1459); Forsthoff, S.247/248; vgl. auch pr. OVGE 36, 395.

260) Vgl. Forsthoff, S.248 (für die Versagung der Genehmigung).

261) Vgl. Schäfer, S.52. 262) Bullinger, DÖV 57, 761.

263) Hierher gehören beispielsweise die Fälle der klassischen Enteignung, der Zuweisung einer Wohnung sowie der zwangsweisen Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach § 7 SchwBeschG. Vgl. Bürckner, a.a.O., S.27 f und Kroeber, a.a.O., S.29 f, der hier von privatrechtsgestaltenden VAen im engeren Sinne spricht.

264) A.a.O., S.108; grundsätzlich auch Kroeber, a.a.O., S.51,52. Vgl. auch LVG Braunschw. DV 49, 296(297); Hess. VGH VRspr. 1, 38(39); a.A. Württ.-Bad. VGH VRspr. 1, 40 (46). 265) Vgl. Wolff, S.295.

achten[266].

Ähnliches gilt hinsichtlich der VAe, die unmittelbar öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse begründen, beispielsweise öffentlich-rechtliche Statusrechte verleihen[267]. Die Unzulässigkeit der Rücknahme wurde in diesen Fällen früher meist mit dem Hinweis auf das Entgegenstehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts begründet. Der Grund für die Anerkennung subjektiv-öffentlicher Rechte in diesem alten Sinne war eben der, daß dem Begünstigten aus Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzgründen eine gegen Widerruf und Rücknahme gefestigte Rechtsstellung gewährt werden sollte. Da nach moderner Auffassung aber alle von der Rechtsordnung gewährten und gewollten Begünstigungen von Verfassungs wegen als subjektive Rechte anzusehen sind[268], genügt es heute nicht mehr, sich zur Rechtfertigung der Unabänderbarkeit allein auf das Bestehen eines solchen zu berufen. Das subjektiv-öffentliche Recht stellt jedenfalls in seiner neueren Bedeutung keinen absoluten Ausschließungsgrund mehr dar.

3. VAe mit Doppelwirkung

Besonderer Erwähnung bedürfen schließlich noch die sogenannten VAe mit Doppelwirkung[269]. Darunter sollen hier diejenigen VAe verstanden werden, die von mehreren Adressaten[270] einen oder einige begünstigen, während sie die übrigen zugleich belasten[271]. Die Begünstigung auf der einen und die Belastung auf der anderen Seite müssen unmittelbar voneinander abhängig sein. Als Beispielsfälle seien genannt: die Zuweisung einer Wohnung nach dem Wohnraumbewirtschaftungsgesetz[272], die Festsetzung der preisrechtlich zulässigen Miete[273] oder (in bestimmten Fällen) die Abrundung von Jagdbezirken[274] [275].

---

266) Siehe unten S. 141 f. 267) Schäfer, S. 55 mit Beispielen.

268) Bachof, VVDStRL 12, S. 37 ff (73); ders., Gedächtnisschrift f. Jellinek, S. 287 ff (301).

269) Die VAe mit Doppelwirkung werden auch treffend als "janusköpfige VAe" bezeichnet (vgl. Zinser, DÖV 53, 151; Haueisen, NJW 58, 1661 (1662).

270) Hat ein begünstigender VA nur mittelbar nachteilige Wirkungen für Dritte, die damit nicht Adressaten des VAs sind, so liegt keine echte Doppelwirkung vor. Dasselbe gilt auch für den umgekehrten Fall (vgl. VGH München BayVBl. 58, 185).

271) Erning, DVBl. 60, 467. 272) §§ 14-16 Wohnr. Bew. G.

273) Sofern sie von der vereinbarten Miete abweicht (vgl. BVerwG DÖV 55, 638).

274) Vgl. OVG Koblenz AS Rh.-Pf. 4, 338 (344); § 5 BJagdG, § 2 II Bad.-Württ. LJagdG.

275) Wird durch einen begünstigenden VA zugleich eine öffentlich-rechtliche Körperschaft belastet (oder umgekehrt durch einen belastenden VA begünstigt), so liegt eine Doppelwirkung in diesem Sinne nur vor, wenn die

Wird ein derartiger VA zurückgenommen, so befreit dies zwar einerseits den beschwerten Teil von seiner rechtswidrigen Belastung, andererseits greift aber die Rücknahme auch in die durch den VA erlangte Rechtsstellung des Begünstigten ein. Die Rücknahme selbst ist daher ebenfalls ein VA mit Doppelwirkung, wenngleich unter umgekehrten Vorzeichen.

Der durch den ursprünglichen VA belastete Teil kann diesen mit den allgemeinen Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln anfechten. Es besteht - soweit ersichtlich - Einigkeit darüber, daß die Behörde diesen VA auf einen Rechtsbehelf des Belasteten hin aufheben kann und gegebenenfalls muß, wenn sie seine Fehlerhaftigkeit feststellt[276]. Es kann insoweit auch der Aufhebung nicht im Wege stehen, wenn der begünstigte Teil von dem VA schon Gebrauch gemacht oder sich sonst auf ihn eingerichtet hat. Das ergibt sich schon daraus, daß demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, gemäß Art. 19 Abs. 4 GG der Rechtsweg in jedem Falle offenstehen muß[277]. Würden die allgemeinen Grundsätze über die Rücknehmbarkeit begünstigender VAe schon vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens an auf den VA mit Doppelwirkung uneingeschränkt Anwendung finden, so könnte das dazu führen, daß dem belasteten Teil im Ergebnis der Rechtsweg verschlossen bliebe; etwa, wenn der Begünstigte sich schon auf den VA eingerichtet hat und die Behörde diesen deshalb nicht mehr zurücknehmen dürfte. Die aus Art. 19 Abs. 4 GG folgende prinzipielle Gewährleistung des Rechtswegs ist grundsätzlich gegenüber der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz als das höherwertige Rechtsgut anzusehen[278]. Solange der VA noch nicht unanfechtbar geworden ist, muß der Begünstigte eben auch damit rechnen, daß der beschwerte Beteiligte von dem ihm zustehenden Rechtsbehelf Gebrauch macht und, falls der VA rechtwidrig ist, auch obsiegt[279]. Bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit ist daher grundsätzlich der Vertrauensschutz ausgeschlossen. Die Behörde kann bis zu diesem Zeitpunkt den VA mit Doppelwirkung auch von Amts wegen jederzeit zurücknehmen, wenn sich seine Fehlerhaftigkeit ergibt[279a].

Körperschaft gegenüber der Behörde als selbständiger Dritter anzusehen ist und mit den übrigen durch den VA Betroffenen auf gleicher Stufe steht. Kein VA mit Doppelwirkung ist beispielsweise der Bescheid über Ausgleichsleistungen nach dem LAG, obwohl Belasteter hier nicht unmittelbar der Staat, sondern der Ausgleichsfonds als Sondervermögen des Bundes ist.

276) Vgl. VGH Karlsruhe DVBl. 58, 291(292); LVG Hannover DÖV 51, 360; Haueisen, NJW 59, 697(700); Benkendorff, NJW 49, 769; Schäfer, S.61.

277) VGH Karlsruhe VRspr. 9, 554; Schäfer, S.61.

278) So VGH Karlsruhe VRspr. 9, 554.

279) Vgl. Schäfer, a.a.O., S.61.

279a) Erning, DVBl. 60, 467 (468/469) will auch vor Eintritt der Unanfechtbarkeit die Rücknahme ausschließen, wenn der Begünstigte sich eine eigen-

Die damit verbundene Rechtsunsicherheit muß der Begünstigte in Kauf nehmen. In Anbetracht der relativ kurzen Rechtsbehelfsfrist[280] ist sie für den Regelfall auch nicht unerträglich.

Fraglich erscheint, ob dies auch dann gilt, wenn der VA wegen fehlender oder unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung frühestens nach einem Jahr unanfechtbar wird[281]. Hat der Begünstigte den Mangel nicht erkannt und die Behörde deshalb auch nicht zur Nachholung oder Berichtigung der Rechtsbehelfsbelehrung veranlassen können[282], so kann ausnahmsweise auch einmal der Vertrauensschutz überwiegen und die Rücknahme ausgeschlossen sein, insbesondere, wenn die Aufhebung nicht auf einen Rechtsbehelf des Belasteten hin, sondern von Amts wegen erfolgen soll.

Dagegen sind die allgemeinen Regeln über die Rücknahme fehlerhafter begünstigender VAe grundsätzlich anwendbar, sobald der VA mit Doppelwirkung unanfechtbar geworden ist[283]. Die zuweilen vertretene Auffassung, die Behörde habe auch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit die Pflicht, fehlerhafte belastende VAe zurückzunehmen[284], trifft jedenfalls für VAe, die zugleich auch eine Begünstigung enthalten, nicht allgemein zu[285]. Ebenso wie beim ausschließlich begünstigenden VA ist auch beim VA mit Doppelwirkung eine Güterabwägung vorzunehmen, von deren Ergebnis die Zulässigkeit der Rücknahme im Einzelfall abhängt. Dabei muß freilich auch berücksichtigt werden, daß der VA gleichzeitig einen anderen zu Unrecht belastet und der Vertrauensschutz hier auf Kosten des be-

---

tumsähnliche Rechtsstellung "erdient" hat und zwar selbst dann, wenn der VA beim Belasteten ebenfalls in Eigentumsrechte eingegriffen hat. Wenn Erning zur Begründung seiner Auffassung darauf verweist, daß auch eine unrechtmäßig eingetragene Hypothek von einem gutgläubigen Dritten wirksam erworben werden kann, so überzeugt diese Parallele - abgesehen von anderen Bedenken - schon deshalb nicht, weil der Begünstigte vor Eintritt der Unanfechtbarkeit auf die Rechtmäßigkeit und den Fortbestand des VAs noch gar nicht vertrauen darf, seine "Gutgläubigkeit" insoweit also als ausgeschlossen angesehen werden muß.

280) Nach § 70 VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats zu erheben.

281) Vgl. § 58 Abs. 2 VwGO; siehe dazu auch Erning, DVBl. 60, 467 (470).

282) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 58, Rdnr. 16.

283) Vgl. VGH Karlsruhe VRspr. 9, 554; Schäfer, a.a.O., S. 62; einschränkend BVerwG DÖV 55, 638 (639). A.A. Bay. VerfGH VGHE 4, 9 ff (14); BGH VRspr. 3, 533 (534); VGH Stuttg. DVBl. 50, 792; Naumann, DVBl. 52, 633; Benkendorff, NJW 49, 769; Haueisen, NJW 54, 1425 (1426); Wolff, a.a.O., S. 256; Erning, DVBl. 60, 467 (470) will die Rücknehmbarkeit nach Eintritt der Unanfechtbarkeit ganz ausschließen.

284) Forsthoff, S. 239.

285) Vgl. OVG Münster VRspr. 3, 671; Schäfer, a.a.O., S. 62; Erning, DVBl.

lasteten Beteiligten geht[286]. Dieser Umstand ist gegenüber den Anforderungen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zwar häufig, jedoch keineswegs immer[286a] von größerem Gewicht. Vielmehr kann die Rücknahme und der damit verbundene Eingriff in die auf Grund des VAs entstandene Rechtsstellung für den Begünstigten bei weitem einschneidender und folgenschwerer sein, als es die Aufrechterhaltung der Belastung für den anderen Teil ist. Man denke beispielsweise an den Fall der Enteignung eines Grundstücks zugunsten eines Unternehmens. Während für den Enteigneten, der sich für die Entschädigungssumme längst ein Ersatzgrundstück beschafft hat, die Aufrechterhaltung der Enteignung kaum noch einen Nachteil bedeutet, kann der Begünstigte, der im Vertrauen auf den Eigentumserwerb das Unternehmen ausgeführt hat, durch die Rücknahme u.U. schwer geschädigt werden[287].

Ausgeschlossen ist die Rücknahme wegen Fehlerhaftigkeit in jedem Fall dann, wenn der Belastete Anfechtungsklage erhoben und mit dieser rechtskräftig abgewiesen wurde[288].

VI. UMFANG DER RÜCKNAHME

Eine wesentliche Rolle in der Rücknahmelehre spielt die praktisch bedeutsame Frage, unter welchen Voraussetzungen ein fehlerhafter begünstigender VA mit rückwirkender Kraft (ex tunc) und unter welchen er nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) zurückgenommen werden kann.

Im erstgenannten Fall bezieht sich die Aufhebung des VAs auf den Zeitpunkt des Erlasses zurück. Die Rechtslage ist dann so anzusehen, als ob der fehlerhafte VA nicht ergangen wäre, er gilt rechtlich als nicht erlassen[289]. Wirkungen, die der VA in der Vergangenheit schon geäußert hat, sind - soweit möglich[290] - rückgängig zu machen. Rücknahme ex nunc bedeutet hingegen, daß der zurückgenommene VA seine Rechtswirksamkeit erst vom Zeitpunkt der Rücknahme ab

---

60, 467 (469).

286) Vgl. BVerwG DÖV 55, 638 (639).

286a) Vgl. OVG Berlin ES Bd. 5, 119 (120).

287) Nach Erning, DVBl. 60, 467 (469) könnte eine Enteignung nie zurückgenommen werden, da das entstandene Eigentumsrecht diese in jedem Fall ausschließen würde.

288) Naumann, DVBl. 52, 633/634; Benkendorff, NJW 49, 769.

289) Wolff, S. 289.

290) In manchen Fällen ist die Rücknahme ex tunc schon der Natur der Sache nach ausgeschlossen, beispielsweise im Falle einer schon ausgenützten Po-

verliert, während die in der Vergangenheit liegenden Rechtsfolgen nicht berührt werden.

Schon eingangs der vorliegenden Arbeit wurde dargelegt, daß die Rücknahme eines fehlerhaften VAs dem Grundsatz nach eine solche ex tunc ist. Da durch sie der fehlerhafte VA und seine Wirkungen in vollem Umfang beseitigt werden, während die Rücknahme ex nunc ihn wenigstens noch für die Vergangenheit bestehen läßt, stellt sie die weitergehendere Form der Rücknahme dar. Sie umfaßt in jedem Fall die Rücknahme ex nunc[291]. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der die Rechtsgrundlage für die Rücknahme fehlerhafter VAe bildet, verlangt grundsätzlich die Beseitigung der durch den VA erfolgten Rechtsverletzung. Es soll also nach Möglichkeit die Lage hergestellt werden, die bestehen würde, wenn Recht und Gesetz beachtet worden wären. Das bedeutet aber, daß der fehlerhafte VA mit rückwirkender Kraft aufgehoben werden müßte, um so nachträglich eine möglichst vollkommene Anpassung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse an die ursprünglich maßgebende Rechtsnorm zu erreichen[292].

Wird der fehlerhafte VA nur für die Zukunft zurückgenommen, so stellt dies in Wirklichkeit schon eine Einschränkung der Rücknehmbarkeit dar, die sich nur mit den Argumenten des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit oder ähnlichem begründen läßt. Wer aus derartigen Gründen aber die Rücknehmbarkeit ex tunc ausschließt, räumt damit, was die Wirkungen des fehlerhaften VAs in der Vergangenheit angeht, den genannten Rechtsgütern Vorrang vor der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ein.

Bemerkenswerterweise hat - soweit ersichtlich - allein Fleiner konsequent von jeder Einschränkung der Rücknehmbarkeit Abstand genommen. Nach ihm bedeutet die Rücknahme stets, daß der VA "von Anbeginn an nicht rechtsgültig gewesen" ist [293]. Im übrigen wird selbst von den entschiedensten Verfechtern der Auffassung, fehlerhafte VAe könnten und müßten in jedem Fall zurückgenommen werden, die Rücknahme ex tunc für den Regelfall ausgeschlossen[294]. Sie lassen damit aber insoweit auch einen Vertrauensschutz "contra legem" zu[295]! Der Eifer, mit dem die ausschließliche Maßgeblichkeit des Gesetzmäßigkeitsprinzips für die Rücknahmefrage verfochten wird, ist nicht ganz verständlich, wenn dann im Ergebnis dessen Geltung doch weitgehend eingeschränkt wird.

---

lizeistundenverlängerung. Weitere Beispiele bei Schäfer, S.70.

291) Bachof, JZ 54, 420. 292) Vgl. Bay.VGH BayVBl. 57, 163.

293) Institutionen, S.196.

294) Vgl. Schütz, DÖV 58, 449 (451/452); Forsthoff, S.248/249.

295) So zutreffend Haueisen, DVBl. 59, 228 (230).

Die Frage der Ex-tunc- und Ex-nunc-Rücknahme wird häufig ungenau unter der Überschrift "Wirkung der Rücknahme" behandelt[296]. Das ist vorliegend bewußt nicht geschehen. Im Grunde handelt es sich nämlich nicht nur um verschiedene "Wirkungen" oder Rechtsfolgen des Tatbestands "Rücknahme", sondern um zwei zwar nicht im Wesen aber doch im Umfang verschiedene Tatbestände. Ob die Rücknahme eines VAs ex tunc oder ex nunc "wirkt", hängt primär vom Willen und der Absicht der erlassenden Behörde ab. Wenn sie im einen Fall eine Rücknahme ex tunc und im anderen eine solche ex nunc ausspricht, so erläßt sie zwei inhaltlich verschiedene VAe, die jeweils auch an verschiedene Voraussetzungen gebunden sind[297]. Eine andere Frage ist es dann, ob die von der Behörde gewollte Ex-tunc-Rücknahme unter den gegebenen Voraussetzungen zulässig war und ob sie notfalls auch als Ex-nunc-Rücknahme aufrechterhalten werden kann. Die Wahlmöglichkeit zwischen (uneingeschränkter) Ex-tunc-Rücknahme und (eingeschränkter) Ex-nunc-Rücknahme besteht nun naturgemäß nur bei VAen, die ihrem Inhalt nach noch nicht voll verwirklicht wurden, deren Wirkungen sich also auch noch in die Zukunft erstrecken. Dabei ist zu unterscheiden:

VAe, die nur eine einmalige Begünstigung zum Inhalt haben[298], können, wenn die Begünstigung schon eingetreten ist, lediglich entweder ex tunc oder aber gar nicht zurückgenommen werden[299]. Ist beispielsweise die Entschädigungssumme auf Grund eines Bewilligungsbescheids nach dem LAG ausbezahlt worden[300], so würde die auf die Zukunft beschränkte Rücknahme ins Leere gehen und damit ohne praktischen Wert sein[301].

Ist der VA mit einmaliger Wirkung noch nicht verwirklicht, so wirkt sich die Rücknahme allerdings nur ex nunc aus[302]. In Wahrheit liegt freilich eine echte Beschränkung der Rücknahme auf die Zukunft unter Aufrechterhaltung des VAs für die Vergangenheit nicht vor. Vielmehr handelt es sich auch in diesem Fall um eine uneingeschränkte Aufhebung des VAs von Anfang an, nur daß sich diese erst in der Zukunft auswirkt. Da in der Vergangenheit noch keine Wirkungen eingetreten sind, wäre die Aufrechterhaltung des VAs insoweit ohne Sinn.

---

296) Vgl. z.B. Schäfer, S. 70; Schütz, DÖV 58, 449 (451).

297) Siehe Wolff, S. 289, der systematisch konsequent "Beseitigungsgründe" (ex nunc) und "Zurücknahmegründe" (ex tunc) getrennt erörtert (S. 292 ff und S. 297 ff).

298) Beispielsweise Erlaubnisse zu einmaligen Handlungen, Genehmigung privater Rechtsgeschäfte, Feststellung oder Gewährung eines Rechts auf eine einmalige Leistung usw.

299) Vgl. BVerwGE 6, 1 ff (7).

300) Vgl. den vom BVerwG, a.a.O., entschiedenen Fall.

301) BVerwG a.a.O. 302) Vgl. Haueisen, DVBl. 59, 228 (233).

Die Problematik einer zeitlichen Beschränkung der Rücknahme auf die Zukunft hat daher grundsätzlich nur für die sogenannten VAe mit Dauerwirkung Bedeutung. Nach Bachof[303] sind hierunter solche VAe zu verstehen, "deren Rechtswirkungen sich nicht in einem einmaligen Gebot oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöpfen, die also nicht mit ihrem Erlaß alle möglichen Rechtswirkungen äußern und sich selbst mit dem Erlaß verzehren, sondern die ein auf Dauer bestimmtes Rechtsverhältnis zum Entstehen bringen und zwar ein Rechtsverhältnis, das der Herrschaft des öffentlichen Rechts unterstellt bleibt"[304]. Hinzu kommen noch die von Bachof ausgeklammerten feststellenden VAe mit Dauerwirkung[305]. Das sind diejenigen, die ein auf Dauer bestimmtes öffentliches Rechtsverhältnis lediglich feststellen.

"Auf Dauer bestimmt" ist nun ein Rechtsverhältnis nicht lediglich dann, wenn es dauernd, d.h. auf unbegrenzte Zeit hin Bestand haben soll oder wenn es unbefristet wiederkehrende Leistungen zum Inhalt hat (wie beispielsweise der Bescheid über eine lebenslängliche Rente). Vielmehr genügt es, wenn der VA wenigstens für einen gewissen Zeitraum Wirkungen entfaltet. Ein VA mit Dauerwirkung in diesem Sinne ist daher beispielsweise auch anzunehmen, wenn eine Entschädigungsleistung in mehreren Raten ausbezahlt wird, die sich über einen gewissen Zeitraum erstrecken[306]. Ist dieser Zeitraum abgelaufen und sind die Raten alle gewährt, so ist allerdings nur noch die Rücknahme ex tunc möglich oder aber ganz ausgeschlossen. Die Alternative der Rücknahme hinsichtlich Vergangenheit und Zukunft besteht in derartigen Fällen nur, wenn einige der Raten bereits gewährt sind, andere dagegen noch ausstehen[307].

Wonach entscheidet sich nun die Frage, welchen Umfang die Rücknahme im Einzelfall haben darf? Nur ganz vereinzelt[308] wird in der Lehre die Auffassung vertreten, die Rücknahme dürfe sich in keinem Fall auf die Vergangenheit erstrecken, sondern erfolge stets - und zwar auch dann, wenn der VA erschlichen ist - nur für die Zukunft. Ein Teil des Schrifttums[309] und der württ. EVRO[310] gehen demgegenüber davon aus, daß fehlerhafte begünstigende VAe grundsätz-

---

303) JZ 54, 419; vgl. auch Haueisen, NJW 58, 1065.

304) Kein VA mit Dauerwirkung ist demzufolge die Genehmigung eines privaten Rechtsgeschäfts mit Dauerwirkung. Vgl. Bürckner, a.a.O., S.94.

305) JZ 54, 419, Fußnote 45.

306) Vgl. den vom BVerwG (DÖV 60, 552) entschiedenen Fall.

307) Vgl. BVerwG DÖV 60, 553.

308) Soweit ersichtlich nur von Peters, S.170.

309) Naumann, DVBl. 52, 633; Koellreutter, Grundfragen, S.46.

310) Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1; vgl. Begründung, S. 314.

lich ex tunc zurückgenommen werden müssen. Überwiegend geht aber die Meinung dahin, grundsätzlich der Rücknahme die rückwirkende Kraft zu versagen, Ausnahmen hiervon jedoch im Falle der Erschleichung oder der Herbeiführung des VAs mit anderen unlauteren Mitteln zuzulassen[311]. Derartige Regeln sind indes nur von geringem Wert. Richtigerweise kann diese Frage nämlich kaum abgelöst vom Einzelfall und für alle Sachverhalte einheitlich beantwortet werden. Es kommt vielmehr, worauf insbesondere der Bad.-Württ. VGH hingewiesen hat[312], ganz auf die besonderen Verhältnisse im Einzelfall an[313]. Maßgebend muß auch insoweit die das Rücknahmerecht beherrschende Regel der Güterabwägung sein[314]. Während auf der einen Seite der Umstand der Rechtsverletzung durch den Erlaß des fehlerhaften VAs zunächst für die uneingeschränkte Aufhebung von Anfang an spricht, können andererseits Vertrauensschutz und Rechtssicherheit je nach ihrem Gewicht sowohl zum Verbot der Rücknahme überhaupt wie auch zur Beschränkung auf die Zukunft führen.

Soweit freilich ein schutzwürdiges Vertrauen gar nicht vorhanden ist, wie etwa im Falle der Erschleichung, besteht auch kein Grund, die Rücknehmbarkeit zu beschränken[315]. Zu Recht wird deshalb auch für diesen Fall allgemein die Rücknahme ex tunc zugelassen[316]. Dasselbe muß auch bei positiver Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis der Fehlerhaftigkeit des VAs gelten[317].

Weithin erachtet man darüberhinaus eine Rücknahme ex tunc schon bei Verschulden des Begünstigten schlechthin, also auch bei nur leichter Fahrlässigkeit für zulässig[318]. Teilweise wird auch lediglich darauf abgestellt, ob die Fehler-

---

311) Jellinek, S. 287; ders., AÖR N.F. 21, S. 27; Eyermann-Fröhler, VGG, Anh. § 35 IV 5; Bender, Allg. Verwaltungsrecht, S. 109; Forsthoff, S. 248; Sommer, DÖV 54, 684; Nebinger, Allg. Verwaltungsrecht, S. 219 Anm. 46; Schütz, DÖV 58, 449; Erning, DVBl. 59, 796/797; ebenso wohl auch Thür. LVO § 144 I. Siehe ferner OVG Koblenz AS Rh.-Pf. 4, 13 u. AS 4, 341; Bay.VGH BayVBl. 57, 163.

312) VRspr. 3, 304; vgl. auch BVerwGE 6, 1 ff.

313) Siehe Haueisen, NJW 54, 1428.

314) Vgl. Schäfer, S. 71.

315) Daß ein VA im Laufe seines Bestehens Rückwirkungen gegenüber Dritten ausüben kann - worauf Peters, S. 170 abhebt -, rechtfertigt es nicht, die Rücknehmbarkeit ex tunc generell zu verneinen. Der Bürger ist auch sonst nicht gegen mittelbare Auswirkungen staatlichen Handelns in jedem Fall geschützt.

316) Hess. VGH DÖV 58, 461. 317) Vgl. die Ausführung auf S. 99 f.

318) Schlochauer, Öffentl. Recht, S. 193, der die Rücknahme ex tunc auch zulassen will, wenn der Fehler durch einen Dritten hervorgerufen wurde.

haftigkeit in den "Verantwortungsbereich" des Begünstigten fällt[319]. Vor allem das BVerwG hat hinsichtlich der Ex-tunc-Rücknahme mehrfach die Meinung vertreten[320], insoweit überwiege der Vertrauensschutz des Bürgers schon dann nicht mehr, wenn der fehlerhafte VA auf dessen unvollständige oder unrichtige Angaben zurückzuführen sei und ihn an der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit ein Verschulden treffe. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung schließt jedoch nur leichte Fahrlässigkeit oder der Umstand, daß der Fehler in seinen "Verantwortungsbereich" fällt, den Schutz des Vertrauens jedenfalls nicht völlig aus[321]. Das Verschulden des Empfängers ist zwar ein Umstand, der bei der Güterabwägung mitzuberücksichtigen ist, keineswegs aber der allein maßgebende. Sowenig man dann, wenn dem Begünstigten ein Verschulden nicht zur Last fällt, immer davon ausgehen kann, daß eine Rücknahme ex tunc nicht möglich ist, sowenig darf umgekehrt bei Vorliegen eines nur leichten Verschuldens ohne Berücksichtigung der sonstigen Umstände stets und in jedem Falle ex tunc zurückgenommen werden.

Im allgemeinen wird bei der Rücknahme ex tunc die Güterabwägung häufiger gegen die Zulässigkeit sprechen, als bei der Rücknahme ex nunc[322], da das Vertrauen in besonders hohem Maße geschützt werden muß, soweit der VA schon realisiert ist oder der Begünstigte von ihm Gebrauch gemacht hat. Die uneingeschränkte Ex-tunc-Rücknahme ist daher nur unter engen Voraussetzungen möglich. Das gilt gleichermaßen für die rückwirkende Aufhebung eines VAs mit Dauerwirkung wie für die Rücknahme eines schon realisierten VAs mit einmaliger Wirkung, da diese ihrem Wesen und ihrer Wirkung nach ebenfalls eine Rücknahme ex tunc darstellt. Wer deshalb regelmäßig nur die Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft zulassen will, ist genötigt, die Rücknehmbarkeit realisierter VAe mit einmaliger Wirkung grundsätzlich überhaupt zu verneinen. Wenn das BVerwG[323] und ihm folgend Schütz[324] zwar die Rücknahme grundsätzlich auf die Zukunft beschränken, "wenn ein VA mit Dauerwirkung nachträglich beseitigt werden soll"[325], zugleich aber meinen, daß bei VAen mit einmaliger Wirkung "unter Umständen eine andere Beurteilung Platz greifen" müsse und diese in der Regel ex tunc zurückzunehmen seien[326], so fehlt es für diese unterschiedliche Behandlung am inneren Grund. Es ist nicht einzusehen, warum der Bürger, der eine einmalige Geldleistung auf Grund eines VAs erhalten hat, weniger Vertrauensschutz

---

319) Beinhardt, BayVBl. 60, 244.
320) BVerwGE 6, 1 ff; 8, 261 (271); vgl. auch OVG Lüneburg ZBR 58, 346/347.
321) Siehe oben S. 102 ff.
322) Eyermann-Fröhler, VwGO Anh. § 42 Rdnr. 39.
323) BVerwGE 6, 1 ff = DVBl. 58, 56.
324) DÖV 58, 449. 325) BVerwG, a.a.O. 326) Schütz, a.a.O.

verdienen soll als derjenige, der die gleiche Leistung als Teil einer laufenden Rente in Empfang genommen hat. Das BVerwG[327] stellt im Anschluß an den Württ.-Bad. VGH [328] im wesentlichen auf den mit der Rücknahme beabsichtigten Zweck ab. Könne dieser sinnvollerweise nur mit einer Wirkung ex tunc erreicht werden, so müsse die Behörde grundsätzlich auch in der Lage sein, den rechtswidrigen VA mit rückwirkender Kraft zu beseitigen. Dagegen ist aber einzuwenden, daß auch insoweit der Zweck keineswegs ohne weiteres die Mittel heiligt. Auch wenn bei VAen mit einmaliger Wirkung die Rücknahme ex nunc regelmäßig "nicht ausreichend" [329] ist, so rechtfertigt das keine unterschiedliche Beurteilung der Voraussetzungen, unter denen die Rücknahme ex tunc hier und unter denen sie bei VAen mit Dauerwirkung zulässig ist.

Anders als die Rücknahme ex tunc wird die auf die Zukunft beschränkte Rücknahme als für den Regelfall zulässig erachtet. Das BVerwG hat insbesondere für den Fall, daß der gesetzwidrige VA den dauernden Bezug von Leistungen aus öffentlichen Mitteln zur Folge hat, ausgesprochen, daß dann "in der Regel dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes gegenüber dem Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten der Vorrang einzuräumen sei"[330]. Die Möglichkeit, daß der Vertrauensschutz auch für die Zukunft überwiegt, räumt das BVerwG nur für den Fall ein, daß "der Leistungsempfänger im Vertrauen auf die Beständigkeit der ihm zugebilligten Leistung besonders belastende, schwer rückgängig zu machende Verfügungen getroffen, insbesondere vorteilhafte Rechtspositionen aufgegeben hat"[331]. Auch vorliegend wurde schon dargelegt, daß der Begünstigte für die Zukunft in seinem Vertrauen zu schützen ist, wenn er sich auf das Fortbestehen des VAs entsprechend eingerichtet hat[332].

Der Schutz eines in dieser Weise hervorgetretenen Vertrauens verlangt nun nicht in allen Fällen, daß der VA für die volle vorgesehene Dauer aufrechtzuerhalten ist. Das Vertrauen des Begünstigten kann unter Umständen auch dadurch ausreichend geschützt werden, daß der VA mit Dauerwirkung zwar nicht schon ex nunc aber doch von einem bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt an aufgehoben wird[332a]. So will Wolff[333] die Sperrwirkung von Investitionen auf Grund mangelhafter begünstigender VAe mit der Erledigung der Investition enden lassen. Hat beispielsweise jemand auf Grund überhöhter Rentenzahlung eines seiner Kinder mit einer besonderen Ausbildung beginnen lassen[334], so würde einerseits wohl der Ver-

---

327) A.a.O. 328) VRspr. 3, 304. 329) BVerwG, a.a.O.
330) DVBl. 58, 652; NJW 59, 1553; hierzu auch Haueisen, OKK 59, 386.
331) BVerwGE 5, 312 ff; 9, 251 ff. 332) Vgl. oben S. 112 f.
332a) Vgl. Hangartner, S. 190: Widerruf pro futuro.
333) S. 294/295.
334) Beispiel bei Wolff, S. 294/295.

trauensschutzgrundsatz verbieten, den Rentenbescheid ohne weiteres ex nunc zurückzunehmen, andererseits aber kein Grund vorhanden sein, den fehlerhaften VA über die volle Zeit, also u.U. noch lange über den Abschluß der Berufsausbildung hinaus aufrechtzuerhalten. Geht man von dem Gedanken aus, daß die Rücknahme nur ausgeschlossen sein soll, s o w e i t der Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes es erfordern, so wird man der Behörde über die Alternativen: Rücknahme ex tunc, ex nunc und völliger Ausschluß der Rücknahme weitere Differenzierungsmöglichkeiten einräumen müssen.

Über die oben genannten Fälle hinaus, in denen sich Investitionen mit der Zeit von selbst erledigen, ist aber grundsätzlich dem Begünstigten, der sich auf einen fehlerhaften VA eingerichtet hat, auch zuzumuten, sich im Rahmen des Möglichen und in angemessener Zeit u m z u s t e l l e n. Für die Rücknahme bedeutet dies, daß sie - auch wenn der Begünstigte sich auf den VA eingerichtet hat - nicht völlig ausgeschlossen zu sein braucht, vielmehr dem Vertrauensschutz Genüge getan ist, wenn die Behörde dem Begünstigten Zeit läßt, sich auf die veränderte Lage nach der Rücknahme einzustellen.

In gleicher Weise läßt sich auch für die Vergangenheit eine Differenzierung vornehmen, bei laufenden Leistungen etwa die Rücknahme und damit die Rückforderung auf die in naher Vergangenheit geleisteten Beträge beschränken[335)].

Ebenso wie die Entscheidung über die Zulässigkeit der Rücknahme überhaupt stellt auch die Entscheidung über ihren zulässigen Umfang keine Ermessensfrage dar. Sie ist allein nach rechtlichen Erwägungen zu treffen[335a)], wobei freilich in Anbetracht der schwierigen Wertungen, von denen sie abhängt, der Behörde auch insoweit ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist.

VII. DIE RÜCKNAHME DER RÜCKNAHME ODER EINES WIDERRUFS

Es ist im folgenden noch kurz auf die Frage einzugehen, ob auch die Rücknahme oder der Widerruf eines VAs selbst wieder zurückgenommen werden kann. Weitaus überwiegend wird das verneint[336)]. Um den rechtlichen Erfolg des ur-

---

335) Vgl. Hangartner, S.190.

335a) A.A. Haueisen, NJW 54, 1428.

336) Jellinek, S.281 f; Forsthoff, S.248; Wolff, S.300; Schäfer, S.69; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42 Rdnr. 33; Koehler, VwGO, § 113 Anm.B VIII 3 d; Sommer, DÖV 54, 688; Pr. OVGE 73, 328; 95, 111; LVG Lüneburg VRspr.1, 303; Württ.-Bad.VGH VRspr. 2, 371; Bay.VGH VRspr. 5, 648 (651); a.A. VG Berlin-Zehlendorf VRspr. 1, 85(87). Vgl. auch Han-

sprünglichen VAs herbeizuführen, müsse ein neuer VA der ursprünglichen Art erlassen werden[337]. Diese Auffassung wird verschieden begründet:

In erster Linie werden gegen die Zulässigkeit der Rücknahme eines Widerrufs[338] logische Gründe vorgebracht. Durch den Widerruf werde der ursprüngliche VA hinfällig, sobald jener unanfechtbar geworden sei. Der VA sei damit für das Rechtsleben nicht mehr existent[339]. Die Rücknahme des Widerrufs gehe deshalb ins Leere und könne die ursprüngliche Regelung nicht aufleben lassen. Diese Argumentation kann indes nicht überzeugen[340]. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum die Aufhebung eines Widerrufs nur nach Eintritt der Unanfechtbarkeit ausgeschlossen, vorher dagegen möglich sein soll[341]. Wird ein begünstigender VA widerrufen, so wird der Widerruf - wie jeder VA - mit der Kundbarmachung wirksam[342] und zwar - sofern er nicht nichtig ist - ohne Rücksicht auf seine Fehlerhaftigkeit. Der Eintritt der Unanfechtbarkeit bedeutet lediglich, daß der Adressat die Aufhebung, d.h. die Beseitigung der Wirksamkeit nicht mehr durch Rechtsmittel verlangen kann, hat jedoch keinerlei materielle Auswirkungen. Ist die Behörde in der Lage, ihren Widerruf auf den Rechtsbehelf des Betroffenen hin aufzuheben mit der Folge, daß der ursprüngliche VA wieder als wirksam anzusehen ist, so können auch der Aufhebung von Amts wegen nach Eintritt der Unanfechtbarkeit jedenfalls logische Gründe nicht entgegenstehen. Durch die Rücknahme des Widerrufs wird dann der Rechtszustand hergestellt, der bestehen würde, wenn der Widerruf nicht erfolgt wäre. Dann aber wäre der ursprüngliche VA wirksam geblieben[342a].

Schwerer als diese logische Argumentation wiegt der Einwand, die doppelte Rücknahme bedeute eine Gefahr für die Rechtssicherheit[343], da nach dem mehrfachen Hin und Her die Rechtslage kaum noch erkennbar sei[344] und der Betroffene

---

gartner, S.146 zum Widerruf des Widerrufs.

337) Bay. VGH VRspr. 5, 652.

338) Oder der Rücknahme. Der Einfachheit halber wird auch im folgenden nur von der Rücknahme des Widerrufs gesprochen. Die Ausführungen gelten in gleicher Weise auch für die Rücknahme der Rücknahme.

339) So Schäfer, S. 70; Bay. VGH VRspr. 5, 652; LVG Lüneburg VRspr. 1, 302.

340) Vgl. zur logischen Argumentation Hangartner, S.146/147.

341) So ausdrücklich Koehler, VwGO, § 113, Anm. B VIII 3 d; Wolff, S.300.

342) Vgl. Forsthoff, Lehrb., S. 202.

342a) Vgl. Hangartner, S. 146/147.

343) Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42 Rdnr. 33.

344) Schäfer, Widerruf, S. 70.

nicht mehr wisse, was eigentlich gelte. Jellinek spricht vom "Widerwillen des menschlichen Geistes gegen doppelte Verneinungen", der zur Unzulässigkeit des Widerrufs des Widerrufs führe[345]. Die Befürchtung Jellineks, daß dann eigentlich auch der Widerruf des Widerrufs des Widerrufs und so fort bis zur völligen Verwirrung möglich sein müßte[346], macht deutlich, daß aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit hier allerdings gewisse Einschränkungen notwendig sind, um derartige "Widerrufsketten" zu vermeiden. Das heißt aber andererseits nicht, die Rücknahme eines Widerrufs nun in jedem Falle für unzulässig zu erachten. Es überzeugt nicht ganz, wenn auf die "kaum noch erkennbare Rechtslage" oder die "Rechtsverwirrung" hingewiesen wird, welche durch die Rücknahme eines Widerrufs entstehen soll. Der Bürger, der mit der heutigen Bürokratie zu tun hat, wird sich vielfach weitaus verwickelteren Rechtsvorgängen gegenübergestellt sehen, als es die Rücknahme eines Widerrufs darstellt. Darüber hinaus mag die Behörde, um jeden Zweifel an der nunmehr bestehenden Rechtslage auszuschließen, ihrer Rücknahme des Widerrufs den Wortlaut des ursprünglichen VAs, der nun wieder gelten soll, beifügen, ohne daß damit ein eigentlicher Neuerlaß erfolgt.

Demgegenüber kann gerade der Neuerlaß des VA problematisch sein, etwa wenn in der Zwischenzeit Rechtsänderungen eingetreten sind[347]. Handelt es sich um einen belastenden VA, so könnte man zwar, wenn gegen den Neuerlaß nunmehr rechtliche Bedenken bestehen, diesen zugunsten des Bürgers eben unterlassen und auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes verzichten[348]. Schwierigkeiten und Zweifelsfragen hingegen können auftreten, wenn die Behörde einen begünstigenden VA widerrufen oder zurückgenommen hat und nachträglich zu der Auffassung gelangt, der Widerruf oder die Rücknahme sei fehlerhaft, da dem Bürger die Begünstigung zu gewähren gewesen wäre. Kann, wenn die Begünstigung nur auf Antrag gewährt wird, die Behörde ihrer Neuentscheidung den alten Antrag zugrunde legen oder muß der Betroffene einen erneuten Antrag stellen? Wie verhält es sich, wenn inzwischen die gesetzliche Antragsfrist abgelaufen oder eine Gesetzesänderung erfolgt ist? Hier wird man sich kaum mit dem Gedanken beruhigen können, der Neuerlaß habe eben zu unterbleiben. Vielmehr muß in solchen Fällen auch die Rücknahme eines fehlerhaften Widerrufs oder einer Rücknahme möglich sein, um dem Betroffenen zu seinem Recht zu verhelfen. Wiederholt die Behörde gleichzeitig zur Klarstellung den ursprünglichen VA im Wortlaut[349], so ist die Rechtslage kaum unklarer oder ver-

---

345) Lehrb., S.281. 346) Lehrb., S.281/282.

347) Im übrigen enthält ja auch der Neuerlaß eine - wenn auch nur materielle - Rücknahme des Widerrufs. Zum materiellen Widerrufswiderruf vgl. Hangartner, S.147.

348) Vgl. Jellinek, Lehrb., S.282. 349) Was kein Neuerlaß bedeutet!

worrener als im Falle des Neuerlasses.

Grundsätzliche Bedenken gegen die Rücknahme eines Widerrufs oder einer Rücknahme bestehen somit nicht. Soweit der ursprüngliche VA belastender Natur war, der (zurückzunehmende) Widerruf also begünstigend wirkte, sind für die Rücknahme des Widerrufs die allgemeinen Grundsätze anwendbar. Hierbei muß aber dem Vertrauensschutz erhöhte Beachtung geschenkt werden, da der Betroffene beim Widerruf oder der Rücknahme eines VAs mehr noch als bei einer erstmaligen Regelung erwarten darf, daß die Behörde die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen eingehend geprüft hat.

Lebenslauf

Am 31. Juli 1934 wurde ich in Tuttlingen als Sohn des praktischen Arztes Paul Storz und seiner Ehefrau Erna, geb. Sill, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. In Tuttlingen besuchte ich die Grundschule sowie das dortige Gymnasium. Am 8. März 1954 legte ich dort im realistischen Zug die Reifeprüfung ab. Im Sommersemester 1954 nahm ich an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen das juristische Fachstudium auf. Nach 4 Semestern in Tübingen wechselte ich im Sommersemester 1956 für 1 Semester zur Universität München über. Die restlichen 4 Semester verbrachte ich wieder an der Universität Tübingen. Am 1. Dezember 1958 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in Tübingen und nach 4-jährigem juristischen Vorbereitungsdienst am 17. Januar 1963 die zweite juristische Staatsprüfung in Stuttgart.

Zur Zeit bin ich als Gerichtsassessor im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg tätig.